

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA**



**PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ**

**PROYECTOS DE INVERSIÓN PÚBLICA Y PRIVADA  
SOBRE BIENES DEMANIALES**

**Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho de la  
Empresa**

**CURSO : SEMINARIO DE TESIS 2  
ALUMNO : CÉSAR ABRAHAM NEYRA CRUZADO  
CÓDIGO : 19882142  
PROFESOR : ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO  
ASESOR : GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO**

**LIMA – PERÚ**

**2016**



## Índice

Introducción.....	4
1. La Teoría Funcional y la Teoría Dominical.....	8
<b>1.1. Marco general .....</b>	<b>8</b>
1.1.1. Teoría Funcional .....	10
1.1.2. Teoría Dominical .....	11
1.1.3. Balance entre las dos teorías .....	13
2. Antecedentes en la Colonia y época Republicana .....	19
<b>2.1. Virreinato del Perú .....</b>	<b>19</b>
<b>2.2. Inicios de la República hasta la Constitución de 1933 .....</b>	<b>21</b>
<b>2.3. El Patrimonio del Estado en la derogada Constitución de 1979.....</b>	<b>26</b>
<b>2.4. Conclusión respecto del capítulo segundo .....</b>	<b>27</b>
3. Constitución Política de 1993.....	29
<b>3.1. Patrimonio del Estado Peruano (Artículos 66°, 41° y 35°) .....</b>	<b>30</b>
<b>3.2. Dominio Público (Artículos 54°, 56° y 73°).....</b>	<b>32</b>
<b>3.3. Dominio Público y Propiedad del Estado (Artículos 88° y 175°).....</b>	<b>35</b>
<b>3.4. Patrimonio Regional y Patrimonio Municipal (Artículos 193° y 194°) .....</b>	<b>36</b>
3.4.1. Los bienes demaniales como parte del proceso de descentralización .....	37
<b>3.5. Patrimonio del Estado y Patrimonio de los Ciudadanos (Artículos 166° y 21°) .....</b>	<b>40</b>
<b>3.6. Patrimonio de los Ciudadanos (Artículos 2°, 15°, 60°, 70° y 71°) .....</b>	<b>43</b>
3.6.1. Patrimonio de las Comunidades Campesinas (Artículo 89°) .....	43
<b>3.7. La Constitución de 1993 y la Teoría Dominical .....</b>	<b>44</b>
4. Marco legal que regula los bienes demaniales para inversiones públicas y privadas .....	47
<b>4.1. Mutación de los bienes demaniales.....</b>	<b>50</b>
<b>4.2. Los bienes demaniales y su inscripción en el Registro de Predios.....</b>	<b>51</b>
<b>4.3. Registro contable de los bienes demaniales.....</b>	<b>53</b>
<b>4.4. Normas vinculadas al desarrollo de infraestructura pública .....</b>	<b>56</b>
5. Inversiones Públicas y Privadas en el Decreto Legislativo N° 1192 .....	61
<b>5.1. Los bienes demaniales en el Decreto Legislativo N° 1192 .....</b>	<b>62</b>
<b>5.2. Jerarquía de los proyectos .....</b>	<b>68</b>
5.2.1. Naturaleza de los predios involucrados .....	69
<b>5.3. Sectores por los atraviesan los proyectos de infraestructura .....</b>	<b>72</b>
<b>5.4. Sujetos que intervienen en el procedimiento.....</b>	<b>74</b>

5.4.1. Sujeto Activo.....	74
5.4.2. Sujeto Pasivo.....	75
<b>6. Casos hipotéticos y reales .....</b>	<b>76</b>
6.1.1. Caso hipotético: Tren Transoceánico.....	76
6.1.2. Proyecto Nivel 3.....	77
6.1.3. Proyecto Nivel 2.....	78
6.1.4. Proyecto Nivel 1.....	83
<b>6.2. Caso real: Metro de Lima .....</b>	<b>85</b>
6.2.1. Predios Estatales en el Ámbito de la Línea 2.....	86
6.2.2. Teoría Aplicable .....	88
6.2.3. Entrega Física del Predio.....	89
<b>6.3. Caso real: Transferencia de desembarcaderos pesqueros.....</b>	<b>90</b>
<b>6.4. Caso real: Transferencia de terrenos eriazos.....</b>	<b>91</b>
<b>6.5. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional.....</b>	<b>93</b>
6.5.1. Inembargabilidad de los bienes de dominio privado del Estado.....	93
6.5.2. La intangibilidad de los bienes demaniales.....	95
6.5.3. Inembargabilidad del Patrimonio del Estado.....	96
6.5.4. La “propiedad especial” del Estado sobre los recursos naturales.....	98
6.5.5. Conflicto de Competencia sobre Bien de Dominio Público.....	99
6.5.6. Inalienabilidad del Patrimonio del Estado.....	101
<b>7. Conclusiones.....</b>	<b>103</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>105</b>
<b>Libros .....</b>	<b>105</b>
<b>Artículos .....</b>	<b>107</b>
<b>Páginas web.....</b>	<b>108</b>

## Introducción

Desde un punto de vista epistemológico consideramos que existen supraconceptos (los *Oberbegriff* de los que habla la doctrina alemana) que son comunes y universales en la ciencia del Derecho y que irradian su contenido a todo el ordenamiento jurídico. Siendo uno de estos supraconceptos el de *Patrimonio del Estado*, por lo que siempre deben de respetarse sus elementos esenciales más allá de las obvias y necesarias diferencias que deben existir en cada una de las disciplinas que lo abordan.

De esta forma, el *Patrimonio del Estado* como macro-concepto debe tener unos cimientos comunes para el Derecho Público, el Derecho Administrativo, el Derecho Financiero, el Derecho Penal, entre otros, sobre los cuales dichas disciplinas legítimamente podrán edificar sus propias identidades, pero evitando en todo momento socavar lo que es inherente y esencial al supraconcepto.

Como marco teórico tenemos que el *Patrimonio del Estado* es definido por el Derecho Financiero como el *conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad del Estado en tres momentos (i) en el establecimiento de tributos y obtención de diversas clases de recursos, (ii) en la gestión o manejo de sus bienes patrimoniales y demaniales<sup>1</sup> y (iii) en la erogación de recursos para los gastos públicos* (De la Garza 2010: 5); a los que corresponderían el Derecho Fiscal, el Derecho Patrimonial y el Derecho Presupuestario (De la Garza 2010: 17).

Asimismo, desde la vertiente del Derecho Penal, el Patrimonio del Estado es definido como un bien jurídico protegido, entendido como un conglomerado

1

Como salvedad se debe tener presente que para una parte de la doctrina española y mexicana la expresión *Patrimonio del Estado* debería estar referida únicamente al *patrimonio privado estatal* (excluyendo los bienes demaniales); y por ello, propone como su objeto de estudio los *Bienes Patrimoniales del Estado* (Chinchilla 2001:43). Sin embargo, en el Perú el *Patrimonio del Estado* comprende tanto los bienes de dominio público y los bienes de dominio privado; por lo que en el presente trabajo, tanto para abordar a la doctrina nacional como extranjera, utilizaremos el termino *Patrimonio del Estado* desde su acepción más amplia, pues está acorde con nuestra Constitución y legislación.



heterogéneo de bienes y derechos que la Administración Pública y los órganos del Estado necesitan y utilizan para el cumplimiento de sus fines (Mayer 2007: 215).

Por ello, cuando hablamos del *Patrimonio del Estado* no solo nos estamos refiriendo a los bienes demaniales –que son materia de este trabajo– sino también a los bienes de dominio privado, los recursos naturales, el dinero, entre otros derechos del Estado. Por lo cual existe (i) un patrimonio privado, (ii) un patrimonio público y (iii) un patrimonio financiero del Estado.

El *patrimonio privado* del Estado está conformado por sus bienes de dominio privado; que al no estar afectados a un destino de carácter público, están dentro del tráfico comercial, en la medida que se cumplan con los requisitos establecidos en las normas sectoriales correspondientes, y por esta misma razón no tienen una protección exorbitante, como es la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad<sup>2</sup>.

El *patrimonio público* del Estado está compuesto por los bienes dedicados al servicio público o al uso público, así como también los recursos naturales que fomentan la riqueza de la nación; por lo que por mandato constitucional si gozan de una protección exorbitante.

El *patrimonio financiero* está conformado por las rentas positivas o negativas que percibe el Estado, por las diferentes actividades que realiza, pueden ser de naturaleza ordinaria o extraordinaria (Talavera 2013).

Un caso interesante, donde un bien transita por estos tres estados se genera cuando un predio de dominio público es desafectado y por ello, pasa a ser un bien de dominio privado y, posteriormente, es vendido con lo cual se genera un ingreso para el tesoro público; lo cual grafica claramente la mutabilidad de los bienes estatales, y a su vez del *Patrimonio del Estado*.

Pues bien, en el presente trabajo vamos a investigar y desarrollar como es que nuestra legislación regulan los *Proyectos de Inversión Pública y Privada*

<sup>2</sup>

Cabe agregar que a partir del año 2010 los bienes de dominio privado del Estado son imprescriptibles por mandato de la Ley N° 29618. Lo cual no afecta los derechos adquiridos por los particulares antes de dicho año.

sobre *Bienes Demaniales* tomando como presupuesto que estos bienes forman parte de un concepto mayor: el *Patrimonio del Estado*.

Cabe anotar que el *Patrimonio del Estado* está recogido en la Constitución Política de 1993, así como como a sus normas de desarrollo, esto es la Ley de Bases de la Descentralización, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades, entre otras normas de igual o menor rango.

Asimismo, es conveniente adelantar que para la sustentación de esta tesis se tomará partido por la Teoría Dominical, para explicar cómo se realizan los *Proyectos de Inversión sobre Bienes de Dominio Público*, dado que a nuestro entender dicha teoría brinda mayores herramientas a los operadores jurídicos para lograr la satisfacción del interés público. Una de estas herramientas operativas es la *propiedad administrativa* que tiene el Estado respecto de sus bienes demaniales.

Sobre el particular, resulta esclarecedora la opinión de Sara Ccopa (2004: 20), procuradora pública del Estado por muchos años, quien señala que la mayoría de los problemas eminentemente prácticos de los bienes demaniales se podrían resolver sobre la base de la aseveración de que los bienes del dominio público tienen por titular al Estado bajo el concepto de *propiedad administrativa*.

Por otro lado, está lejos de nuestra intención denostar la validez de la Teoría Funcional como concepto político que justifica la existencia del Estado; únicamente, es nuestro interés hacer notar que la Constitución así como sus normas de desarrollo han acogido la Teoría Dominical, por lo que los operadores jurídicos están facultados para utilizar válidamente como herramientas: el *Patrimonio del Estado* y la *propiedad administrativa*.

Por ello, en el primer capítulo de esta tesis vamos a desarrollar la célebre discusión entre la Teoría Funcional y la Teoría Dominical sobre la naturaleza de los bienes de dominio público, a fin de tener una visión global desde los conceptos que nos brinda la doctrina.

En el segundo capítulo, para tener una visión histórica, vamos a ver cómo han sido regulados estos temas en las constituciones derogadas peruanas; para

luego ver con mayor detalle, en el capítulo tercero, la toma de postura de la Constitución Política de 1993 por la Teoría Dominical.

En el capítulo cuarto veremos las normas de desarrollo constitucional, para pasar a analizar en el capítulo quinto el Decreto Legislativo N° 1192 y su evidente toma de postura por la Teoría Dominical.

Finalmente, como parte del desarrollo conceptual antes descrito, en el capítulo sexto veremos casos reales e hipotéticos sobre cómo se ejecutan o como deberían ejecutarse los *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales*.



## CAPÍTULO I

### La Teoría Funcional y la Teoría Dominical

#### 1.1. Marco general

Como se sabe el Dominio Público es un concepto complejo y de larga data. En Roma los bienes de dominio público fueron concebidos como la cosa pública (*res publicae*) que estaban fuera del comercio y a la vez eran propiedad indivisible del pueblo romano. En la Edad Media fueron asimilados al concepto de bienes de la corona, sobre todo en la época de las monarquías absolutas.

Con la Revolución Francesa se acuñó el término *Bienes Nacionales* para amalgamar todos los bienes que son de uso y servicio público, así como aquellos que fomentan la riqueza del país. Como se puede apreciar dentro de dicha clasificación se encontraban, además de los bienes de dominio público y privado, los recursos naturales de la Nación.

Es así que modernamente, la concepción del dominio público se originó en el *Code* francés y de allí se extendió a otros ordenamientos jurídicos (Martínez 2006: 264). Cabe anotar que la expresión dominio público migra a España a través de la Ley de Propiedad Literaria de 1847, que establecía que una vez que concluya el plazo de protección legal la obra será de dominio público<sup>3</sup>, esto es de todos a la vez y nadie en particular (Menéndez 2004: 209). Y siguiendo esta vía llegó al Perú.

A mayor abundamiento existen muchas definiciones de los bienes demaniales, con varios matices; Sara Ccopa (2004: 11) señala que en las definiciones se puede observar una serie de semejanzas y diferencias, pues

<sup>3</sup>

Por otro lado, los bienes de dominio público pueden ser llamados también bienes demaniales (el cual es el término que se utilizará en este trabajo) por influencia del artículo 822 del Código Civil italiano de 1942, que comprende en la categoría del demanio público a la orilla del mar, a la playa, a los puertos; a los ríos, a los arroyos, a los lagos; a las obras destinadas a la defensa nacional; a los caminos, a las carreteras, a las vías férreas; a las propiedades reconocidas de interés histórico, arqueológico y artístico, entre otros. Cabe anotar el término bienes demaniales fue recogido a su vez en la legislación española por la Ley del Patrimonio del Estado de 1964 (Sainz 1999: 480).

en algunas veces se pone énfasis en la titularidad y otras sobre el dominio público en sí denominado también “demanio” o “demanialidad” para determinar su existencia en el uso o función que realiza dicho bien; mientras que para otros autores, la importancia radicaría en diferenciar el tipo de uso que se hace de determinado bien y quien lo usa para determinar cuando estamos frente a un bien demanial.

Para arribar a esta conclusión sobre el dominio público, la citada autora glosa, entre otras, las definiciones siguientes:

*“Una forma de propiedad especial privilegiada de los entes públicos, afectada a la utilidad pública, al servicio público o al interés nacional y entre tanto no sujeto a la alienabilidad o prescriptibilidad”. (Álvarez Gendín 1945: 41).*

*“el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial destinados al uso público de los administrados y que como tal, no son susceptibles de apropiación privada” (Bielsa 1956: 183).*

*“Son bienes de dominio público aquellos que están destinados o afectados a un servicio de utilidad pública. Dicha afectación puede resultar de la naturaleza misma de los bienes como el mar y el río, o de la Ley (expresión de la administración pública, como por ejemplo los edificios públicos)”. (Castañeda 1973: 49).*

*“la sumisión al régimen de dominio público de la totalidad de los bienes afectos al funcionamiento de los servicios públicos o al uso público”. (Garrido Falla 1977: 474).*

*“existe dominio público cuando el bien se considera parte integrante del Estado, el que lo administra para el logro de un fin público, protegiéndolo con un régimen especial (derecho público)”. (García Montufar 1982: 41).*

*“un concepto jurídico cuya existencia depende de la voluntad del legislador, sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá carácter dominical” (Dromi 1987: 479).*



Es en este contexto histórico en que surge la célebre discusión entre la Teoría Funcional y la Teoría Dominical sobre la naturaleza de los bienes demaniales y su relación con el Estado, las cuales pasamos a desarrollar.

### 1.1.1. Teoría Funcional

En 1833, Pierre Proudhon sustentó esta tesis en su *Traité du domaine publico u de la distinction des biens*. Conforme esta teoría el Estado ostenta poderes de policía, guarda y vigilancia sobre el demanio público, pero no es titular de una propiedad en el sentido civil del término. Por lo que el dominio público sería sobre todo una potestad publica (función) y no una relación dominical como la que conocemos (Martínez 2006: 264).

Cabe destacar que Proudhon, siguiendo la tradición romana de los bienes de dominio público, sólo reconoce una verdadera propiedad del Estado «*sobre sus bienes de dominio privado, negándola en el caso de los bienes de dominio público, por cuanto ello representaría, a su criterio, un derecho exclusivo*». Es decir, para el citado autor, en la propiedad civil el propietario tiene el derecho de excluir del uso y de sus frutos a los no propietarios; sin embargo, con los bienes públicos pasa lo contrario: el Estado no puede excluir de su uso y disfrute a los ciudadanos; y, si bien puede imponer reglas, las mismas se explican desde la potestad de guarda y vigilancia de los bienes demaniales.

En dicho contexto, el «*propietario*» de los bienes demaniales será el pueblo entendido como todos los ciudadanos de un país, esto es la Nación, más no el Estado, que únicamente representa a la Nación. Por ello, el Estado como parte de su función de supervigilancia podrá imponer reglas para su uso, pero no «*apropiarse*» de los bienes públicos.

Esta teoría, así como la Escuela del Servicio Público, representada por Duguit, Jeze, entre otros, señalará como inútil la calificación como derecho de propiedad la vinculación que se tiene entre el Estado y los bienes en concreto (Martínez 2006: 265).

Bajo este marco conceptual, se señalará que el Estado tiene sobre los bienes demaniales un título jurídico de intervención que lo habilita a calificar y disciplinar las conductas calificadas como públicas, tomando en consideración los intereses generales dignos de protección; por lo que el dominio público no



interesa como propiedad, sino como justificación para que la ley le atribuya determinadas facultades, con lo cual el Derecho Privado no llega a absolverlo (Villar Palasí citado por Vignolo y Jiménez 2012: 107).

### 1.1.2. Teoría Dominical

El autor que propugna esta teoría es Maurice Hauriou en 1892, a través de su *Précis de droit administratif et de droit public*. Dicho autor nos precisa que la protección exorbitante de los bienes demaniales –inalienables, imprescriptibles e inembargables– no es intrínseca a los bienes de dominio público por el hecho de ser tales, sino que es el resultado de la afectación de los mismos a un uso o servicio público, lo cual es perfectamente independiente de la titularidad dominical (Martínez 2006: 265).

Por ello, resulta esclarecedor que cuando Hauriou, en 1908, comentó el *arrêt* del *Conseil d'Etat*, de 25 de mayo de 1906, *Chemin de fer d'Orléans* –en el cual el Consejo de Estado Francés reconocía un derecho exclusivo de goce del concesionario sobre los bienes públicos que le habían sido entregados– dicho autor señaló que se estaba en presencia de un auténtico y verdadero derecho real, y que existía toda una categoría de derechos reales administrativos (González Pérez 1984:11, citado por Vergara 2014: 4).

Debe anotarse que en su concepción original la Teoría Dominical predicaba que “*el concesionario de dominio público es titular de un derecho real oponible a cualquiera, incluso frente a la administración concedente, salvo en la línea de precariedad; pero esta línea de precariedad, muy estrecha, deja al derecho real toda una esfera de utilidades*”. (Hauriou 1919:799, citado por Vergara 2014: 4).

Es decir, en la concepción de la época se decía que el concesionario es un *poseedor precario* de los bienes demaniales; sin embargo, con el paso del tiempo y las modificaciones legislativas correspondientes esta precariedad irá desapareciendo pues cada vez se van reconociendo más derechos a los concesionarios; por ejemplo: ser indemnizado en caso la Administración de manera arbitraria le revoque el título que le permite la explotación del bien, lo que actualmente la doctrina denomina como una expropiación indirecta.

Por ello, perfeccionando este marco teórico, en 1914, Louis Rigaud, en sus tesis *La théorie des droits réels administratifs*, observa que el Estado a través de permisos y concesiones permite ocupaciones sobre dominio público e inclusive la modificación del terreno, encontrado de manera general y omnicomprendensiva los cuatro casos siguientes:

1. *“las ocupaciones con duración ilimitada pero precarias y renovables en todo momento sin indemnización por parte de la administración: se trata de permisos sobre la vía pública;*
2. *las ocupaciones con duración limitada y subordinadas a la precariedad dentro de los límites mismos de esta duración: se trata de las plantas hidroeléctricas;*
3. *las ocupaciones que la administración se compromete por contrato a no revocar sin indemnización: se trata de las concesiones; y,*
4. *las ocupaciones que duran tanto como dura la afectación: se trata de las concesiones perpetuas en los cementerios”* (Rigaud 1914, citado por Vergara 2014: 7).

Como adelanto, cabe anotar que dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano, para el primer caso, tenemos como ejemplo los avisos comerciales en las vías públicas nacionales y metropolitanas; así como la Sisa (Sistema Impositivo al Servicio Ambulatorio) que cobran los gobiernos locales a las personas que comercian en la vía pública. En el segundo caso, podemos citar la ocupación de la zona marino-costera para la instalación de plantas desaladoras, esto es que potabilicen el agua de mar. Para el tercer caso, como es obvio las concesiones viales, aeroportuarias o portuarias, entre otras. Para el cuarto caso, coincidimos con los cementerios públicos

Como se sabe, los bienes demaniales y el servicio público que brindan forman un todo indisoluble como dos caras de la misma moneda, pues uno presupone la existencia del otro. Bajo estos alcances, para Hauriou el servicio público es un elemento de consolidación del poder público, pues el Estado al brindar los servicios públicos logrará su legitimación –esto es desdibuja su rasgo antiautoritario– (Kresalja 2006: 40).

### 1.1.3. Balance entre las dos teorías

Consideramos, sin lugar a dudas, que el Talón de Aquiles de la Teoría Funcional es su aseveración de que el dominio público no interesa como propiedad, de que es inútil categorizarlo como tal, pues obvia una pregunta práctica pero fundamental ¿qué herramientas jurídicas existen para viabilizar los *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales*?

Como antecedente recordemos que en la exposición de motivos del Real Decreto del 6 de noviembre de 1863, que reglamentó la Ley Hipotecaria española de 1861, se señalaba que no era necesaria la inscripción de las calles, los caminos, las riberas, en los registros públicos pues «no están realmente apropiados, ni constituyen patrimonio exclusivo de ninguna persona o corporación» (Menéndez 2004: 211). Enfoque que, como es lógico, posteriormente fue asimilado en el Perú.

Lo que generó en la práctica, esta concepción derivada de la Teoría Funcional, es la falta de protección registral de los bienes demaniales, lo que a su vez facilitó que algunos de ellos sean apropiados por personas naturales o jurídicas de derecho privado vía procedimientos administrativos o judiciales. Por ello, se habla con razón de la paradoja de los bienes demaniales, dado que los bienes demaniales para oponer su protección exorbitante a terceros también necesitan de la publicidad del registro público, que nació como un registro de hipotecas de derecho privado (Chinchilla 2001: 55).

Como se puede apreciar la paradoja de los bienes demaniales pone en evidencia el grave problema que se genera cuando la Teoría Funcional niega el carácter patrimonial a los bienes de dominio público, pues si bien en teoría son inalienables, imprescriptibles e inembargables en la práctica esta “ausencia” de patrimonialidad, impedía que sean ingresados a favor del Estado en el Registro de Predios, lo que a su vez facilitaba que sean apropiados por terceros, que los adquirirían de “buena fe” (alegando falta de publicidad registral).

Por otro lado, para llenar este vacío conviene recordar que Hauriou parte de la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre la naturaleza jurídica de las concesiones ferroviarias que otorga el Estado a los particulares para elaborar la Teoría Dominical, lo que hace que sea una propuesta vigente y aplicable al Ordenamiento Jurídico Peruano, que busca a través de las concesiones y las

asociaciones público-privadas que se desarrollen importantes proyectos de infraestructura, a fin de brindar servicios públicos con características de calidad y universalidad.

Por ello, resulta esclarecedor que la Teoría Dominical, con la creación los derechos reales administrativos, explique una realidad concreta y actual, así como encuentre el fundamento jurídico a las obligaciones que el Estado asume como concedente y sobre las acciones posesorias que de manera exclusiva realizan los concesionarios sobre los bienes demaniales, a fin de viabilizar los *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales*.

Como se puede apreciar se busca dar seguridad jurídica a todos los actores que interviene en la concesión: el Estado, que es el propietario de los bienes demaniales y garantizará una utilidad determinada; el operador privado, quien va a invertir en el bien y administrar el servicio público; el banco, quien se convierte en parte esencial de la operación, pues va a suministrar los recursos financieros necesarios para viabilizar la prestación del servicio; y, finalmente, el beneficiario de este complejo negocio jurídico estatal: el ciudadano.

Es así que nacen obligaciones formales sobre los bienes demaniales como (i) que los bienes demaniales concesionales se inscriban en el Registro de Predios a favor del Estado, (ii) que se inscriba en una partida independiente la concesión y la hipoteca, si la hubiera; (iii) registrar los bienes demaniales en la contabilidad gubernamental –como detallaremos más adelante–. Asimismo, se originan obligaciones sustantivas, como son (i) realizar el saneamiento físico-legal de los bienes de propiedad estatal, (ii) reivindicarla en caso que sea apropiada por terceros, (iii) desalojar a los invasores de la propiedad estatal y, lo más importante, (iv) gestionarla adecuadamente el servicio público.

Las obligaciones formales son importantes para acreditar en la práctica la legitimidad de una entidad pública para ejecutar las obligaciones sustantivas. Por ejemplo, cuando un predio estatal es invadido, el Poder Judicial solicitará

a la entidad pública que demanda el desalojo que acredite su legitimidad para obrar, lo que no será posible sino tiene inscrito a su favor el dominio sobre dicho bien; pues no bastará que la entidad demandante alegue o cite la norma que le otorga competencias sobre el bien. Es decir, en la práctica judicial la Teoría Funcional no es atendible.

Por ello reiteramos que muchos de los problemas eminentemente prácticos de los bienes demaniales se podrían resolver sobre la base de la aseveración de que los bienes del dominio público tienen por titular al Estado bajo el concepto de propiedad administrativa, esto es si las normas existentes se interpretan a la luz de la Teoría Dominical.

Si bien, parte de la doctrina critica a la Teoría Dominical señalando que tenderá a la explotación económica del bien, pudiendo exigirse en un futuro una contraprestación por «pasearse en las calles o por bañarse en el mar» (Menéndez 2004: 220), debe aclararse que la explotación económica de los bienes demaniales es permitida expresamente por la Constitución a través de los permisos y concesiones, que son en toda regla derechos administrativos reales, desarrollados legal y jurisprudencialmente, sin que ello por sí mismo permita o facilite su apropiación por parte de los particulares o el abuso por parte del Estado.

Asimismo, se debe tener presente que el elemento esencial de los bienes demaniales, como es la finalidad pública a la que sirven, no decrece ni mucho menos desaparece cuando se reconoce que el Estado tiene un derecho de propiedad administrativa sobre todos sus bienes. Pues queda claro para todos los actores que esta propiedad con fines operativos es el medio que permite a las entidades públicas ejercer las competencias asignadas por la Constitución y sus normas de desarrollo. Es decir, para el Derecho Público la competencia es un atributo superior a la propiedad administrativa.

En tal sentido, es perfectamente válido que los derechos reales administrativos tengan una meta de utilidad pública y contrariamente los derechos reales privados tengan una meta de beneficio individual; pues los sujetos que están detrás también tienen objetivos perfectamente distinguibles. Dentro de este marco es perfectamente compatible la inalienabilidad de los bienes demaniales con los derechos reales administrativos, pues debe tenerse presente que esta inalienabilidad no significa que el bien esté



excluido de todo tráfico jurídico, sino única y exclusivamente del tráfico jurídico privado; pues en paralelo si se permite el comercio jurídico público; y por ello precisamente nace el permiso y la concesión del bien público (Vergara 2014: 23).

Asimismo, estos derechos reales administrativos también tienen una eficacia *erga omnes*, pues en primer lugar son oponibles a la propia Administración que los otorgó y, en segundo lugar, a todos los ciudadanos; claro está que para que esto sea válido deben respectarse los derechos y obligaciones acordados entre las partes. Recuérdese además, que aún la misma propiedad civil no es un derecho absoluto, pues además de cumplir una función social, bajo determinadas circunstancias puede ser expropiada por el Estado (Vergara 2014: 23).

En el Perú se adhieren a al reconocimiento de los derechos reales administrativos, entre otros, Guillermo García Montufar Sarmiento (1982: 45) y Sara Ccopa (2004: 20), quien señala que muchos de los problemas eminentemente prácticos de los bienes demaniales se podrían resolver sobre la base de la aseveración de que los bienes del dominio público tienen por titular al Estado bajo el concepto de *propiedad administrativa*. Por su parte Roberto Jiménez (2010:179) señalará que la concesión relativa a bienes demaniales entraña “*el otorgamiento de un derecho real administrativo*”.

Valga la aclaración que los autores antes mencionados, si bien expresamente manifiestan la conveniencia de reconocer la existencia de los derechos reales administrativos como un *genus*, no acogen necesariamente la Teoría Dominical.

En la doctrina, muchas veces se objeta lo antes expuesto señalando que los derechos reales, y específicamente la propiedad civil, no puede ser trasladada al derecho público pues ello implicaría necesariamente la desnaturalización de dicha figura jurídica. Es así que se señala que “*El Dominio Público no puede ser propiedad porque la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad que lo caracterizan y definen son incompatibles con dichas facultades*” (Chinchilla 2001: 98).

Sin embargo, voz contraria nos dirá que “*la categoría del derecho real es una forma primaria del pensamiento jurídico, que se ha formado como la noción de cosas que le sirve de base mucho antes que se hayan constituido la teoría*



*de la obligación y la del patrimonio. Nada nos obliga por tanto a limitar la teoría del derecho real al ámbito del derecho privado patrimonial*” (Rigaud 1914, citado por Vergara 2014: 7).

Por ello, a nuestro entender la Teoría Funcional responde a un tiempo que ha quedado atrás, pues en su origen se concebía que correspondía exclusivamente al Estado brindar los servicios públicos a la ciudadanía, tales como caminos, ferrocarriles, puertos, cementerios, entre otros; sin embargo, cuando el Estado invita a los particulares a invertir y administrar los servicios públicos, los llamados poderes de policía, guarda y vigilancia resultan insuficientes para explicar este fenómeno.

Es así que esta potestad pública por sí misma no explica con claridad cómo es que el Estado negocia los términos del contrato de concesión, como es que en caso de problemas el Estado renuncia a la jurisdicción nacional para pactar un arbitraje ante un organismo internacional, como es que se obliga a pagar una indemnización en caso de que la Administración actúe con arbitrariedad; cómo es que entrega la posesión de los bienes demaniales a un concesionario. Es decir, la Teoría Funcional no responde satisfactoriamente a estas preguntas sobre la dinámica que ocurre en el día a día de los bienes demaniales.

A mayor abundamiento se debe anotar que hace muchos años atrás Rigaud señaló que *“La categoría de los derechos reales tiende a crecer y crece gracias al desenvolvimiento de la teoría de las cosas y de las situaciones establecidas, en una doble dirección: primero en derecho privado, después en el derecho público. La categoría del derecho real nos aparece así de un modo general y rompiendo el marco estrecho del derecho privado patrimonial en el que hasta aquí parecía encerrado”* (Rigaud 1928:13, citado por Vergara 2014: 22).

Es así que más recientemente, Vergara (2014:28) señala que *“El reconocimiento de la teoría de los derechos administrativos ha sido lento, incluso en su patria de origen: Francia. No obstante, en los últimos años la legislación de diversos países ha venido a reconocer que la naturaleza de derecho que tiene el usuario, ocupante o aprovechador privativo de los bienes de dominio público es ‘real’. Hoy es generalizada la doctrina que reconoce*

*esta categoría o genus, en Francia, España, y países de ibero y latinoamérica: Argentina, Perú, Colombia y Chile”.*



## CAPITULO II

### Antecedentes en la Colonia y época Republicana

Como se recuerda del primer capítulo, en 1833 Proudhon sustentó la Teoría Funcional en su *Traité du domaine public u de la distinction des biens* indicando que el Estado ostenta poderes de policía, guarda y vigilancia sobre el demanio público, más no una relación de propiedad. Asimismo, hemos visto que desde una opción contraria, Maurice Hauriou en 1892, a través de su *Précis de droit administratif et de droit public*, señala que sí existe una relación de propiedad entre el Estado y sus bienes, dado que la protección exorbitante de los bienes demaniales –inalienables, imprescriptibles e inembargables– no es intrínseca a los bienes de dominio público, sino que es el resultado de la afectación de los mismos a un uso o servicio público, lo que se conoce como Teoría Dominical.

Pues bien, en este segundo capítulo, como una aproximación, veremos cuál es la opción que tomó (expresa o implícitamente) la legislación peruana derogada sobre este tema. Como adelanto debemos indicar que a nuestro parecer se decantó por la Teoría Dominical, pues siempre hizo referencia a la propiedad del Estado sobre todos sus bienes, ya sean estos públicos o privados.

#### 2.1. Virreinato del Perú

En el Libro III, Título I, que lleva por título “*De el Domino y la Jurisdicción Real de las Indias*” de las Leyes de los Reynos de las Indias, realizada por Antonio de León Pinelo y Juan de Solórzano y sancionada por el rey Carlos II de España en 1680, para regir en los territorios de la América Hispana se señalaba, lo siguiente:

**“Ley Primera.** *Que las Indias Occidentales estén siempre unidas a la Corona de Castilla, y no se puedan enajenar (...) Y porque es nuestra voluntad, y lo hemos prometido y jurado, que siempre permanezcan unidas para su mayor perpetuidad y firmeza, prohibimos la enajenación de ellas (...) y si Nos o nuestros sucesores hiciéremos alguna donación o enajenación [esta] sea nula”.*

Como se puede apreciar, en la Edad Media los territorios americanos pertenecían a la Corona de Castilla, y el Rey en ejercicio de sus derechos soberanos renunciaba a enajenar sus posesiones ultramarinas en favor de persona alguna. Es decir, en aquella época los bienes demaniales no tenían las características de inalienabilidad e imprescriptibilidad que tienen ahora, pues el soberano, podía disponer de ellos conforme a su voluntad<sup>4</sup>.

Asimismo, resulta esclarecedor revisar las normas que se emitieron en aquella época sobre la minería, pues fue sin duda una de las actividades más importantes<sup>5</sup> de la época, las cuales consagraron la obligación de los mineros de pagar el Quinto Real como derecho explotación de los recursos naturales de propiedad de la Corona, tal como lo dispone el Libro VII, Título X, de las *Leyes de los Reynos de las Indias*:

*“Ley primera: Que del oro, y la plata, y metales, que se sacaren de minas, o rescates, se cobre el quinto neto. Mandamos que todos los vecinos, y moradores de nuestras Indias, que cogieren o sacaren en cualquier Provincia, o parte de ellas, oro, plata, plomo, estaño, azogue, hierro, o cualquier otro metal, nos hayan de pagar, y paguen la quinta parte de lo que cogieren o sacaren neto ...”*

Posteriormente, en 1783 Carlos III dictó las Ordenanzas de México o Nueva España que constituyó un nuevo cuerpo legislativo integral de la industria minera y que fue aplicado inmediatamente en América Latina –en el Perú

---

<sup>4</sup> Como ejemplo recuérdese que en 1803 Francia vendió Luisiana (2 millones de kilómetros cuadrados aproximadamente) a Estados Unidos de América por la suma de US\$ 15 millones. En esta venta participó Napoleón Bonaparte, entonces Primer Cónsul francés, quien señaló: «Esta venta no es un gran negocio para Francia, pero lo importante es que le daremos a los ingleses un competidor nuevo en su monopolio marítimo». Como se puede apreciar esta transacción tuvo motivaciones geopolíticas, donde lo jurídico solo interviene para formalizar dicho proceso.

Asimismo, en el caso de la venta de Alaska –que incluía a la población y a los recursos naturales– por parte del Imperio Ruso a Estados Unidos de América, por la suma US\$ 7'200,000 el 30 de marzo de 1867. Debe indicarse que estas transacciones sobre los bienes demaniales se explican en la medida que el Zar necesitaba recursos financieros que lo libren de la banca rota.

<sup>5</sup> De acuerdo a las memorias del virrey Francisco Gil de Taboada (quien gobernó el Perú entre 1790-1796), en dicho periodo se hallaban en explotación 728 minas de plata, 69 de oro, 4 de mercurio, 12 de plomo y 4 de cobre. Donde las minas más importantes, como las de Potosí (actualmente Bolivia) y Huancavelica eran explotadas directamente por la Corona Española.

estas normas rigieron hasta el año 1900, cuando fueron sustituidas por el Código de Comercio de Minería de 1901—. Este sistema ha sido denominado “dominialista-regalista” pues se consideraba que (i) que las minas eran de propiedad de la Corona Real y (ii) sin ser separadas del Patrimonio Real podían ser concedidas en propiedad o posesión a los vasallos, siempre y cuando contribuyeran con la Real Hacienda con una parte de los metales y que las minas fueran objeto de trabajo permanente (Belaunde 2013: 23).

Como se puede apreciar durante la época colonial los bienes demaniales como los recursos naturales forman parte del Patrimonio Real y sus frutos integran la Real Hacienda, es decir eran de propiedad del Rey (por ello, cuando nace la República del Perú esta «propiedad» se transvasa a la Nación). Es decir, durante la colonia y los inicios republicanos hubo una concepción “dominialista-regalista” de los bienes demaniales.

## 2.2. Inicios de la República hasta la Constitución de 1933

Para tener una visión global de esta evolución conceptual se ha elaborado un cuadro con los principales mandatos constitucionales, así como su desarrollo legal, sobre los bienes demaniales:

**Cuadro N° 1**

<b>Constitución Política de la República Peruana de 1823</b> Regula la Hacienda Pública	
<b>Constitución Política del Perú de 1839</b> Regula la Hacienda Pública	<b>Código Civil de 1852</b> Son públicas las cosas que pertenecen a una Nación (artículo 459°) Son imprescriptibles las cosas públicas (artículo 534°)
<b>Constitución Política del Perú de 1860</b> Autoriza al Ejecutivo a negociar empréstitos empeñando la Hacienda Nacional	
<b>Constitución para la República del Perú de 1920</b> Dispone que los Bienes de Propiedad del Estado son imprescriptibles, sin perjuicio de lo cual se pueden vender mediante título público	



<p align="center"><b>Constitución Política del Perú de 1933</b></p> <p align="center">Dispone que las Cosas Públicas no son objeto de derechos privados.</p> <p align="center">(Únicamente dispone que son inalienables, imprescriptibles e inembargables las tierras de las comunidades campesinas).</p>	<p align="center"><b>Código Civil de 1936</b></p> <p align="center">Los bienes de uso público son propiedad del Estado, así mismo son inalienables e imprescriptibles.</p>
---	--

Elaboración propia.

Como marco general se debe señalar que como parte de la transición de la Edad Media a la Edad Moderna, la Revolución Francesa (1789), entre sus múltiples aportes, nos dejó dos cuerpos normativos que sirvieron de modelo para el desarrollo del Ordenamiento Jurídico Peruano del Siglo XIX e inicios del Siglo XX: el Código Napoleónico de 1807<sup>6</sup> y la Constitución de Cádiz de 1812<sup>7</sup>. En ese sentido, dicha legislación marcará la pauta para la regulación de los bienes demaniales en las recién emancipadas repúblicas americanas<sup>8</sup>.

Como concepto general en la Constitución de Cádiz se señalaba que la Nación española no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona y que la soberanía reside en la Nación, esto es en la “*reunión de todos los españoles de ambos hemisferios*”; es a partir de dicho momento que

<sup>6</sup> Sirva para aclarar este punto la influencia que ejerció el artículo 538° del Código Civil Napoleónico que disponía que “*Generalmente todas las porciones del territorio francés que nos son susceptibles de una apropiación privada son consideradas como dependencias del dominio público*”, es decir no consagró expresamente la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes demaniales que sí existió durante la vigencia del Antiguo Régimen.

Por ello, en dicha época la doctrina francesa distinguió dos supuestos (i) los bienes nacionales productores de renta y que pueden ser apropiados por los particulares – por lo que al final de cuentas se permite la venta de los bienes nacionales– y (ii) los bienes consagrados al uso y servicio general que por ello necesariamente deberán ser inalienables e imprescriptibles. Respecto de este último extremo se ve la necesidad de proteger también los servicios públicos –que no estaban considerados originalmente en dicha definición– como edificios públicos o vías férreas, por lo que surgirá el concepto de afectación como criterio definidor del dominio público, que permite definir el demanio como las cosas afectadas al servicio público –Duguit– o a la utilidad pública –Hauriou– (Parada 2013: 39).

<sup>7</sup> En la que participaron los diputados peruanos Vicente Morales Duárez, Dionisio Inca Yupanqui, Antonio Zuazo, José Lorenzo Bermúdez, Ramón Feliú, Pedro García Coronel, Blas Ostolaza, Francisco Salazar y José Antonio Navarrete.

<sup>8</sup> En el artículo 2º de la Constitución de Cádiz, se señalaba que “*La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona*”, luego dicha afirmación será transcrita y adaptada a en las diferentes constituciones americanas, incluyendo la peruana, marcando distancia del pasado colonial.



constitucionalmente nacen los bienes nacionales, esto es los bienes que pertenecen al pueblo y no a otra persona (natural o jurídica).

Por ello, el artículo 131° de dicha constitución estableció que las Cortes están facultadas para “*Disponer lo conveniente para la administración, conservación y enajenación de los bienes nacionales*”. A su vez, en el artículo 172° de dicha Carta se establece que como una de las restricciones a la autoridad del Rey que «*No puede ... ceder ni enajenar los bienes nacionales sin consentimiento de las Cortes*».

Siguiendo dicho lineamiento, en las Constituciones peruanas y latinoamericanas del Siglo XIX se indicará expresamente que corresponde al Congreso de la República autorizar la enajenación o hipoteca de los bienes nacionales. Es decir el Congreso podía evaluar y decidir –como legítimo representante de los ciudadanos– en que caso convenía o no realizar acciones de disposición o administración respecto de los bienes nacionales, incluyendo los bienes demaniales que durante aquella época no gozaban de una protección exorbitante.

El artículo 148° de la Constitución Política de 1823 –primera constitución– señaló que «*Constituyen la Hacienda Pública todas las rentas y productos que conforme a la Constitución y a las leyes deban corresponder al Estado*». En dicho contexto se consideran *rentas* a los flujos en dinero o en especie –metales– provenientes del pago de impuestos y regalías. Nótese que en dicha constitución los bienes demaniales en sí no se encuentran dentro de la *Hacienda Pública*, sino sus frutos, como es el pago de regalías mineras.

Posteriormente, la Constitución de 1839 –sexta constitución– no incorporó alguna regulación relevante sobre la *Hacienda Pública*, sin embargo, durante su vigencia se aprobó el Código Civil de 1852, el cual reflejaba la concepción de la época:

*“Artículo 459°.- Son públicas las cosas que pertenecen á una nación, y cuyo uso es de todos; comunes, las que pertenecen colectivamente á una corporación legalmente reconocida; de particulares, las que pertenecen á una ó más personas consideradas individualmente; destinadas al culto, las que sirven para el ejercicio de la religión del Estado; y de ninguno, las que no están en propiedad de nadie o se hallen vacantes”.*

Como se puede apreciar dicha norma reconoce cuatro tipos de propiedades: la pública, la comunal, la particular y, en defecto de las anteriores, a la vacante. Además, como concepto jurídico nacido con la Revolución Francesa se predica que los bienes demaniales pertenecen a la Nación.

Por su parte, el artículo 534° del citado código establecía que «*son imprescriptibles las cosas públicas [y] las destinadas al culto*», es decir prohíbe su apropiación por el paso del tiempo, pero no impide su venta una vez que han dejado de prestar la finalidad pública. Ello, se corrobora con el artículo 1348° del mismo cuerpo legal, el cual prohíbe que «*el administrador [compre por sí o por medio de otros] los bienes de beneficencia, de comunidad civil o religiosa, de establecimientos de instrucción pública y en general, los bienes públicos o de comunidad que estén a su cargo*». Es decir, los bienes públicos, cuando las circunstancias político-sociales de la época lo ameritaban, podían ser enajenados no pudiendo participar en la adquisición, como es usual para estos casos, el administrador que los tenía a su cargo.

Como se puede apreciar, dicho código también declara imprescriptibles las cosas destinadas al culto; con lo que se evidencia que es la ley la que otorga una protección exorbitante a los bienes y que los bienes, por si mismos, no emanan características jurídicas propias.

Luego, el numeral 6 del artículo 59° de la Constitución política de 1860 – octava constitución– facultó al Congreso a «*Autorizar al Poder Ejecutivo para que negocie empréstitos, empeñando la Hacienda Nacional*». Como se puede apreciar, en este caso la hacienda nacional es sinónimo de *Patrimonio del Estado* y comprende a los «*bienes de propiedad del Estado*», según la terminología de la época. Por lo que, podemos afirmar que en esta época existe una equivalencia entre *Patrimonio del Estado* y *Hacienda Pública*; y existe una concepción utilitaria de los bienes del Estado, pues dentro del concepto genérico de «*bienes de propiedad del Estado*» se encuentra lo que hoy conocemos como bienes de dominio privado del Estado y bienes demaniales, y no existía a nivel constitucional la protección exorbitante de estos últimos, por lo que en dicha época, por interés nacional y necesidad pública, podría haberse entregado bienes demaniales en garantía de un préstamo para el Estado Peruano.

El artículo 41° de la Constitución política de 1920 –décima constitución– estableció que «*Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley*». Como se puede apreciar, ya entrado el Siglo XX los bienes de propiedad del Estado recién tienen el carácter de la imprescriptibles a nivel constitucional –lo cual había sido recogido legalmente en el Código Civil de 1852–. Nótese que ya iniciado el Siglo XX no se declara a los bienes demaniales como inalienables, pues se mantiene abierta la posibilidad de que sean vendidos o hipotecados en la medida que exista una causa de interés nacional o necesidad pública.

El artículo 33° de la Constitución Política de 1933 –undécima constitución– estableció que «*no son objeto de propiedad privada las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos*». Es decir, niega que los bienes demaniales puedan ser apropiados por los particulares.

Resulta interesante observar que el artículo 209° de dicho *corpus* declara que las tierras de las comunidades campesinas son inalienables, imprescriptibles e inembargables, pero dicha protección exorbitante no se predica de los bienes demaniales. Por ello, corresponderá al artículo 823° del Código Civil de 1936, llenar este vacío constitucional, indicando que los bienes de uso público «*son inalienables e imprescriptibles*» de lo cual lógicamente se deduce, a su vez, su inembargabilidad.

Cabe destacar que como una norma de desarrollo constitucional el artículo 822° del Código Civil de 1936, estableció que son bienes de propiedad del Estado: «*1.- Los bienes de uso público; 2.- El mar territorial y sus playas y la zona anexa que señala la ley de la materia; (...) 4.- Las tierras públicas, entendiéndose por tales las que no han tenido dueño y las que han sido abandonadas por el dueño que tuvieron; las minas y los bosques y demás fuentes naturales de riqueza, antes de su concesión; los ríos y demás aguas corrientes y los lagos, así como sus respectivos cauces y álveos*». Es decir, se reconoce explícitamente la relación de propiedad administrativa que existe entre los bienes demaniales y el Estado.

Por su parte, el artículo 1º de la derogada Ley de Aguas, Decreto Ley N° 17752<sup>9</sup>, estableció en consonancia con lo antes expuesto que “*Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas ...*”. Como se puede apreciar, detrás de dicho artículo, existe un razonamiento bastante directo: lo que por su naturaleza no puede ser de propiedad de los particulares, es de propiedad del Estado.

Por otro lado, cabe precisar que también se emitieron normas de menor rango (actualmente derogadas) que regularon los aportes reglamentarios de urbanizaciones. Es así que los artículos 9º y 10º del Reglamento de la Administración de la Propiedad Fiscal, aprobado por el Decreto Supremo N° 025-78-VC<sup>10</sup>, concordado con el Reglamento Nacional de Construcciones, aprobado por los Decretos Supremos N° 039-70-VI<sup>11</sup> y N° 063-70-VI<sup>12</sup>, disponen que las áreas de aporte reglamentario, consideradas de dominio público por estar destinadas a un servicio público, son inscritas a nombre del Estado. Como se puede apreciar, si bien se reconoce que los bienes de uso público «*son inalienables e imprescriptibles*» dichas normas reglamentarias no encuentran contradicción en que se inscriban bajo el dominio del Estado. Posteriormente, se precisará que los aportes reglamentarios son administrados por el Gobierno Local de la jurisdicción, por lo que la titularidad de dominio se inscribirá a favor del “*Estado, representado por la Municipalidad Distrital ...*” correspondiente.

### 2.3. El Patrimonio del Estado en la derogada Constitución de 1979

Por otro lado, el artículo 128º de la Constitución política de 1979 –duodécima constitución– dispone que los «*Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados*». Como puede apreciarse es un texto muy parco, que indica que los bienes demaniales no pueden ser apropiados por los particulares. Además, dicho artículo en la medida que no lo preveía no permitía que los bienes demaniales sean concesionados (Bernales 1999: 54).

<sup>9</sup> Publicada el 24 de Julio de 1969 en el diario oficial El Peruano.

<sup>10</sup> Publicado el 22 de mayo de 1978 en el diario oficial El Peruano.

<sup>11</sup> Emitido el 11 de agosto de 1970 (no fue publicado en el diario oficial El Peruano).

<sup>12</sup> Publicado el 31 de diciembre de 1970 en el diario oficial El Peruano.

Esta concepción de los bienes públicos se denomina “dominialista-socialista” pues si bien reconoce que, entre otros, los recursos naturales pertenecen a la nación, se reserva para sí el derecho de explotarlos a través de empresas públicas creadas expresamente para dicho fin (Belaunde 2013: 23)

Debe notarse, que si bien durante la vigencia de la Constitución de 1979, se aprobó el Código Civil de 1984 el mismo ya no regula los bienes públicos, – como en su tiempo lo hicieron sus antecesores– pues se deja dicha tarea a la legislación sectorial, como es actualmente la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales<sup>13</sup>.

#### 2.4. Conclusión respecto del capítulo segundo

A manera de conclusión, podemos indicar que las constituciones de 1822 a 1933 utilizaron la terminología «*bienes de propiedad del Estado*» para referirse tanto a bienes de dominio privado como a bienes demaniales y reconocerles a ambos un carácter patrimonial, es decir reconocen que hay una relación de propiedad administrativa entre los bienes demaniales y el Estado, con lo cual históricamente se acogen a la *Teoría Dominical*.

Dentro de esta lógica, la Constitución de 1933 señala que los bienes demaniales no son objeto de propiedad privada, sino que son objeto de propiedad del Estado. Además, se puede observar que el tipo de propiedad es respecto de la cosa y no a la persona. Esto es una característica de la propiedad administrativa, que tiene como centro de su discurso al bien en sí mismo, lo cual la diferencia de la propiedad civil que tiene como epicentro a la persona.

Es decir, si bien la Teoría Dominical recién fue expuesta por Hauriou en 1892, las constituciones peruanas, anteriores y posteriores a dicho año, utilizan un lenguaje que las acerca a dicha teoría, pues reconocen como un hecho la propiedad que tiene el Estado sobre los bienes demaniales. Por lo que puede afirmarse que estas constituciones reconocen de manera implícita la existencia de un derecho real administrativo entre el Estado y sus bienes.

<sup>13</sup>

Durante la vigencia de la Constitución de 1979 se aplicó el Decreto Supremo N° 025-78-VC, **Reglamento de Administración de la Propiedad Fiscal**, publicado el 22 de mayo de 1978 en el diario oficial El Peruano.



Por otro lado, la Constitución de 1979 apartándose parcialmente de este criterio señalará para los bienes demaniales un régimen “dominialista-socialista” esto es que si hay una propiedad del Estado respecto de los bienes públicos, pero su explotación le corresponde exclusivamente al Estado.





## CAPITULO III

### Constitución Política de 1993

Como un resumen de la regulación que la Constitución de 1993 otorga al patrimonio y la propiedad de los ciudadanos y del Estado se ha elaborado el cuadro siguiente, donde se puede apreciar que los conceptos «propiedad del Estado», «*Patrimonio del Estado*», «dominio estatal» o simplemente «propiedad» son citados en varias oportunidades y en varios contextos, lo que obliga a una lectura sistemática de la carta constitucional.

Por ello, desde un punto de vista doctrinal y constitucional vamos a tratar explicar el significado de dichos conceptos –patrimonio, propiedad y dominio– buscando la coherencia que debe haber entre los principios y las reglas constitucionales, evitando las contradicciones (Rubio 2010: 208).

**Cuadro N° 2**

	Ciudadanos		Estado o Nación		
	Propiedad	Patrimonio	Propiedad	Patrimonio	Dominio
Artículo 2	2				
Artículo 15	1				
Artículo 21	2		1	1	
Artículo 35			1		
Artículo 41				1	
Artículo 54					3
Artículo 56					1
Artículo 60	1				
Artículo 66				1	
Artículo 70	1				
Artículo 71	1				
Artículo 73					1
Artículo 88	1				1
Artículo 89	1				
Artículo 166		1		1	
Artículo 175			1		
Artículo 193			1		

Artículo 194			1		
<b>Total</b>	<b>10</b>	<b>1</b>	<b>5</b>	<b>4</b>	<b>6</b>

Fuente: Constitución Política de 1993  
Elaboración propia

Como se puede apreciar, a diferencia de sus predecesoras, la Constitución Política de 1993 regula con mayor amplitud los bienes demaniales, pues no sólo les brinda una protección exorbitante, sino que los enmarca en una categoría mayor, esto es el supraconcepto *Patrimonio del Estado*, haciendo las precisiones importantes en cuanto a la propiedad y dominio que le corresponden al Estado.

Cabe destacar que en este capítulo veremos también como contrapartida el patrimonio de los ciudadanos, pues lo que no esté dentro de la esfera del Estado, podrá ser apropiado por los particulares. O la inversa, lo que no sea propiedad de los ciudadanos ser considera propiedad del Estado.

### 3.1. Patrimonio del Estado Peruano (Artículos 66°<sup>14</sup>, 41°<sup>15</sup> y 35°<sup>16</sup>)

El artículo 66° establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Respecto de lo cual hay que precisar que al ser la Nación un término político-social, no puede ejercer esta titularidad, sino que esta tiene que ser ejercida necesariamente por el Estado (Sainz 1999: 477).

<sup>14</sup> **Artículo 66.-** Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.  
Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

<sup>15</sup> **Artículo 41.-** Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

...

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

<sup>16</sup> **Artículo 35.-** ...  
La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.

Ahora bien, debe entenderse que desde su concepción general los bienes de dominio público son aquellos que brindan un uso o un servicio público, así como aquellos que fomentan la riqueza nacional, por lo que en esta categoría de bienes demaniales es donde se insertan los recursos naturales, renovables y no renovables.

Por otro lado, el artículo 41° señala que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos por funcionarios o servidores contra el patrimonio del Estado. En este artículo, es patrimonio del Estado todos aquellos bienes – tangibles o intangibles, de dominio privado o demaniales– que son susceptibles de valoración económica o social. Asimismo, resulta relevante que dicho concepto haya sido consagrado por el Derecho Penal-Constitucional, y por ende sostenemos que este supraconcepto debe irradiar su contenido a todo el ordenamiento jurídico, pues muchas disciplinas los tienen como presupuesto.

Como se puede apreciar el *Patrimonio del Estado* es un concepto amplio que comprende los ingresos, bienes y gastos, lo que permite proteger y cautelar adecuadamente la dinámica que se produce al interior de la Administración cuando un bien de dominio público (*patrimonio público*) es entregado en concesión y se percibe una renta (*patrimonio financiero*) a cambio.

Asimismo, el concepto de *Patrimonio del Estado* permite explicar con claridad que los medios de comunicación social de propiedad del Estado conforman el *patrimonio financiero* del Estado pues el mismo, en puridad, no es dueño de sus activos sino de las acciones representativas del capital social; y, en el supuesto que se privatice una de estas empresas, el dinero recibido constituirá un *patrimonio financiero* realizado, esto es dinero en efectivo. Pero todos estos flujos siguen conformando el Patrimonio del Estado.

### 3.2. Dominio Público (Artículos 54<sup>o17</sup>, 56<sup>o18</sup> y 73<sup>o19</sup>)

El artículo 54° señala que el territorio del Estado es inalienable e inviolable; comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo. Nótese que si bien para la comunidad internacional el suelo es un bien de dominio público, el mismo suelo, es decir el mismo espacio geográfico, es para los ciudadanos del Perú, en algunos casos, un bien de dominio privado del Estado, que pueden adquirir por los medios que la ley prevé para estos casos, v.g. prescripción o subasta pública. Por ello, cuando se habla de dominio inminente del Estado estamos refiriéndonos a la soberanía e independencia de cada estado.

Sobre este artículo, Víctorhugo Montoya señala que solo se estará ejerciendo la soberanía y jurisdicción sobre el territorio terrestre, marítimo, subterráneo y aéreo si este se exhibe como inalienable e inviolable; para lo cual inalienable significa que no es propiedad de Estado foráneo alguno, según un principio de no injerencia ni intervención; y, que sea inviolable significa que no puede ser materia de amenaza externa, e involucra todo tipo de control de las fuerzas de otros países por parte del nuestro, siempre mediando la búsqueda de la paz (Gutiérrez 2005: 744).

En este contexto, la inalienabilidad no se refiere a los bienes demaniales sino a todo el territorio en su conjunto, es decir estamos frente al Derecho Internacional Público.

<sup>17</sup> **Artículo 54.-** El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre.

El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley.

En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

<sup>18</sup> **Artículo 56.-** Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

...

2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.

...

<sup>19</sup> **Artículo 73.-** Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

Como consecuencia de lo anterior el artículo 56° establece que el Congreso deberá aprobar los tratados que versen sobre el dominio del Estado, antes de su celebración por el Presidente de la República.

En este contexto, recuérdese que con la Resolución Legislativa N° 26982<sup>20</sup>, el Congreso de la República aprobó el procedimiento para fijar la frontera terrestre común entre Ecuador y Perú, conforme a los instrumentos jurídicos constituidos por el Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro de 1942 y sus documentos complementarios.

Es así que mediante Resolución Suprema N° 073-99-PRES<sup>21</sup> se aprobó la primera inscripción de dominio del terreno de un kilómetro cuadrado, ubicado dentro de los 50 kilómetros de la frontera con Ecuador, en la zona denominada *Tiwinza*, distrito de El Cenepa, provincia de Condorcanqui, departamento de Amazonas; y, posteriormente, con Decreto Supremo N° 011-99-PCM<sup>22</sup> se declaró de necesidad pública la transferencia de dicho predio en propiedad privada y a título gratuito a la República de Ecuador. Finalmente, por Decreto Supremo N° 012-99-PCM<sup>23</sup> se autorizó los términos del contrato de dicha transferencia a título privado.

Sirva el ejemplo, para recalcar que cuando el artículo 54° señala que el territorio del Estado es inalienable, se refieren a la relación del Estado Peruano con otros estados. Es decir, es una relación de Derecho Público Internacional. De ahí, que para disponer de una parte del territorio el Poder Ejecutivo requiere la participación del Congreso, lo que en el presente caso se vio plasmado con la Resolución Legislativa N° 26982.

Por otro lado, el Decreto Supremo N° 011-99-PCM, que declaró de necesidad pública la transferencia de dicho predio, fue emitido para activar la excepción a la prohibición contenida en el artículo 71° de la Constitución, que señala que los extranjeros –personas naturales o jurídicas– no pueden adquirir predios, minas, bosques, etc. en zonas de frontera. Haciéndose la precisión que el predio transferido al Ecuador era un bien de dominio privado del

<sup>20</sup> Publicada el 22 de octubre de 1998 en el diario oficial El Peruano.

<sup>21</sup> Publicada el 8 de abril de 1999 en el diario oficial El Peruano.

<sup>22</sup> Publicada el 11 de mayo de 1999 en el diario oficial El Peruano.

<sup>23</sup> Publicada el 11 de mayo de 1999 en el diario oficial El Peruano.



Estado, pues no tenía una finalidad pública; ello sin dejar de reconocer que la transferencia sí responde a una política pública de Seguridad Nacional.

Por otro lado, el artículo 73° establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles<sup>24</sup>, a lo cual se debe agregar que como consecuencia de ello también son también inembargables, tal como en reiterada jurisprudencia lo ha señalado el Tribunal Constitucional.

Como hemos visto, los bienes demaniales tiene esta protección exorbitante debida a que tienen una finalidad pública, esto es el uso o servicio público.

Sin embargo, como bien sabemos los bienes demaniales pueden ser desafectados, esto es el cese dominical (Ccopa 2004: 145), por lo que pasarán a ser bienes de dominio privado del Estado y permitir, en última instancia, su venta en subasta pública.

Sobre este artículo, Jiménez indica que los bienes de dominio público es una categoría de los derechos reales administrativos, los cuales están encuadrados en el marco de referencia general de los bienes del Estado; precisando que la utilidad económica de los bienes de uso público se deberá entenderse en el contexto del artículo 58° de la Constitución Política, cuando prescribe que el Estado orienta el desarrollo nacional y actúa en las áreas de servicios públicos e infraestructura (Gutiérrez 2005: 936).

24

La Ley N° 29618 (Publicada el 24 de noviembre de 2010 en el diario oficial El Peruano), que complementa la Ley N° 29151, establece que la presunción de que el Estado es poseedor de los inmuebles de su propiedad y declara imprescriptibles los bienes inmuebles de dominio privado estatal, con la finalidad de privilegiar su venta en subasta pública o venta directa. Como se puede observar uno de los atributos por excelencia de los bienes demaniales –esto es la imprescriptibilidad– por razones de cautela y protección se predica por mandato legal también respecto de los bienes privados del Estado, reforzándose de esta forma nuestra posición de que es la finalidad del bien la que genera la protección exorbitante y no el bien en sí mismo.

### 3.3. Dominio Público y Propiedad del Estado (Artículos 88°<sup>25</sup> y 175°<sup>26</sup>)

El artículo 88° dispone que las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta; y por otro lado, el artículo 175° prescribe que todas las armas de guerra que se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado.

Sin embargo, se debe notar que las tierras abandonadas no pasan a dominio del Estado sino pasan a propiedad del Estado, esto es al «*patrimonio privado*» para precisamente poder ser vendidas en subasta pública y los recursos que se obtienen pasen al «*patrimonio financiero*» del Estado.

De igual forma, las armas de guerra que los particulares introduzcan al país no pasan a ser propiedad del Estado sino pasan al dominio del Estado, esto es al «*patrimonio público*» dado que dichos bienes están fuera del comercio y bajo ningún concepto pueden ser vendidos a los particulares.

Estos dos artículos, nos ayudan a comprender que al hacer una interpretación constitucional debemos guiarnos por el macro concepto *Patrimonio Público*, pues nos ayuda dar una correcta interpretación a los mandatos constitucionales. En ese sentido, con una interpretación teleológica que utiliza como marco conceptual el *Patrimonio del Estado* las tierras abandonadas y las armas de guerra encuentran técnicamente el lugar que les corresponde: bien de dominio privado y bien de dominio público, respectivamente.

25

**Artículo 88.-** El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.  
Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

26

**Artículo 175.-** Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, así como las que se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso ni indemnización.

### 3.4. Patrimonio Regional y Patrimonio Municipal (Artículos 193<sup>o27</sup> y 194<sup>o28</sup>)

Los artículos 193<sup>o</sup> y 194<sup>o</sup> establecen que son bienes y rentas de los gobiernos regionales y locales, respectivamente, los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.

Como ya hemos sostenido, los bienes y rentas, así como las obligaciones de una persona conforman el patrimonio de una persona natural o jurídica. Por ello, al ser los gobiernos regionales y locales personas jurídicas de derecho público interno también tienen su propio patrimonio, que en estricto –esta es de manera general– forman parte del *Patrimonio del Estado*. Sin perjuicio de ello, y con fines operativos, podemos denominarlos como Patrimonio Regional y Patrimonio Municipal.

En ese sentido, estos patrimonios subnacionales tienen tres componentes:

- a. Un *patrimonio privado*, conformado por los bienes patrimoniales, esto es los bienes muebles e inmuebles que pueden ser objeto de comercio;
- b. Un *patrimonio público*, conformado por los bienes de dominio público de los cuales son titulares, y que gozan de la protección exorbitante del Derecho Público, como son las sedes administrativas, los aportes reglamentarios, entre otros; y,
- c. Un *patrimonio financiero*, producto de las transferencias autorizadas por la ley anual de Presupuesto, los tributos creados a su favor, entre otros.

En ese sentido, cuando los artículos bajo comentario indican que pertenecen al Patrimonio Regional o Patrimonio Municipal *los bienes inmuebles de su propiedad*, están comprendiendo necesariamente al *patrimonio privado* y al *patrimonio público* de manera general, es decir dicho patrimonio comprende los bienes demaniales.

Es decir, dichas disposiciones constitucionales no han excluido a los bienes de dominio público, del ámbito de los gobiernos subnacionales, dejando sin

27

**Artículo 193.-** Son bienes y rentas de los gobiernos regionales:  
1. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.

28

**Artículo 196.-** Son bienes y rentas de las municipalidades:  
1. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.

efecto las competencias establecidas por ley (como es el caso de la administración de los aportes reglamentarios para los gobiernos locales). Ni mucho menos, dichas disposiciones constitucionales han producido una mutación de los bienes demaniales convirtiéndolos en bienes patrimoniales (facultado con ello a los gobiernos locales para que vendan en subasta pública los aportes reglamentarios).

Pues, si bien los artículos 193° y 194° utilizan el término *propiedad* de manera poco técnica, podemos afirmar que dicha expresión en ese contexto comprende a los bienes de dominio público, pero sin que estos pierdan la protección exorbitante que les brinda la Constitución (inalienables, imprescriptibles e inembargables)<sup>29</sup>.

Además, tal como señalamos más adelante, el gobierno nacional así como los gobiernos subnacionales tienen la obligación legal de incluir en sus estados financieros los bienes de dominio público que están a su cargo –en una cuenta diferente a la de los bienes de dominio privado– esto es con la finalidad de que se reflejen en la Cuenta General de la República.

Como se puede apreciar, además de las obligaciones sustantivas (uso eficiente y custodia) los gobiernos subnacionales también tienen obligaciones formales respecto de los bienes públicos a su cargo: inscribirlos a su nombre en los Registros Públicos –con la carga correspondiente– y registrarlos en la contabilidad estatal.

#### **3.4.1. Los bienes demaniales como parte del proceso de descentralización**

En el marco del proceso de descentralización, los bienes demaniales son también objeto de transferencia entre entidades públicas, es decir en el marco de la Teoría Dominical se los transfiere como una propiedad administrativa a fin de formar parte del patrimonio de la entidad pública que asume las nuevas funciones.

<sup>29</sup>

Resulta interesante glosar el artículo 79° de la Ley de Bases de Régimen Local español del 2 de abril de 1985, que expresamente señala: «1. El patrimonio de las entidades [locales] está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que le pertenezcan. 2. Los bienes de las entidades locales son de dominio público o patrimoniales ...»

Conforme al artículo 43° de la Constitución Política, el Estado ha optado por una forma de organización descentralizada, en ese sentido es una decisión política que debe ser ejecutada por los tres niveles de gobierno. Asimismo, de acuerdo al artículo 188° de la Constitución Política la descentralización es una política permanente del Estado, la cual se debe desarrollar por etapas, en forma gradual, progresiva y ordenada.

Como desarrollo de dicho mandato constitucional, la quinta disposición transitoria de la Ley N° 27783, *Ley de Bases de Descentralización*, establece que se realizará la transferencia de titularidad y dominio de los bienes del Estado a favor de los Gobiernos Regionales y Locales, cuando estos se encuentran directamente vinculados al ejercicio o desarrollo de las funciones o servicios que se transfieren en el marco del proceso de descentralización. A su vez, el artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 28273, *Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales*, aprobado por Decreto Supremo N° 080-2004-PCM, establece que la finalidad del Sistema de Acreditación es que se haga efectiva la transferencia de funciones sectoriales incluyendo (i) el personal, (ii) acervo documentario, (iii) recursos presupuestales y (iv) bienes vinculados (muebles e inmuebles, ya sean estos bienes de dominio privado o bienes demaniales.

En términos operativos para que se efectivice la transferencia de funciones se requiere que el Ministro del Sector y el Presidente del Gobierno Regional correspondiente suscriban el Acta de Transferencia de Funciones, que contiene 5 anexos: (i) anexo de personal, (ii) anexo de acervo documentario, (iii) anexo de recursos presupuestales (iv) anexo de bienes muebles y (v) anexo de bienes inmuebles. Luego el Ministro del Sector a través de una resolución ministerial publicita la transferencia de funciones realizada.

Como se puede apreciar en el marco establecido por la Constitución y las normas que regulan el proceso de descentralización la transferencia de funciones comprende, entre otros, la transferencia de titularidad y dominio de los bienes del Estado, es decir los bienes demaniales que son inherentes a la competencia transferida. Esto muestra a nuestro entender un desarrollo de la Teoría Dominical que reconoce que el Estado tiene una relación de propiedad con sus bienes, sin perjuicio del cumplimiento de los fines estatales que le son inherentes. Además, reconoce a la supremacía de la competencia



establecida por ley sobre la propiedad administrativa, pues esta es accesoria respecto de la primera.

Sin embargo, después de más de veinte años de iniciado el proceso de descentralización los bienes demaniales continúan registrados a favor del Ministerio que efectuó la transferencia de funciones. Esta contradicción se explica en primer lugar por la propia complejidad del proceso de descentralización que involucra aspectos políticos, sociales y económicos; y, en segundo lugar, que el Gobierno Nacional no está comprometido con dicho proceso.

Por ello, sectores importantes como Educación, Salud, y Agricultura mantienen aún sus bienes demaniales inscritos a favor del Ministerio correspondiente; aunque hace varios años transfirieron la función correspondiente. Para tratar de justificar esta demora en la transferencia de los bienes demaniales, el Gobierno Nacional se ha invocado el artículo 62° del Reglamento de la Ley N° 29151, *Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales*, que si bien regula la transferencia patrimonial interestatal por ser una norma general no resulta aplicable al proceso específico de descentralización.

Es evidente que la Ley N° 29151 y su Reglamento son normas generales que no regulan el proceso de descentralización por lo que debe primar la ley especial, esto es la quinta disposición transitoria de la Ley N° 27783, *Ley de Bases de Descentralización*. Además, la Ley N° 29151 tiene como lógica que sus procedimientos se inician a pedido de parte y están sujetos a evaluación por la entidad titular del bien; lo que es opuesto a una Política de Estado que nace por mandato Constitucional.

Si bien el inciso b) del artículo 7° de la Ley N° 29151 establece como garantía del Sistema Nacional de Bienes Estatales "*La permanencia del dominio del Estado sobre los bienes inmuebles cuyas competencias, para su administración y disposición, hayan sido o sean transferidas a las entidades que conforman el Sistema Nacional de Bienes Estatales*" (Subrayado agregado), debe recordarse que el Estado tiene tres niveles de gobierno: Nacional, Regional y Local. En tal sentido, dicho literal no impide la transferencia de bienes demaniales de un nivel a otro, pues siempre seguirán siendo del Estado.

Asimismo, si bien el inciso a) del artículo 7° de la Ley N° 29151 establece como garantía del Sistema Nacional de Bienes Estatales “*La primacía de las disposiciones de [dicha] Ley, así como las normas reglamentarias y complementarias, por su especialidad, que conforman el Sistema Nacional de Bienes Estatales, sobre las que, en oposición o menoscabo de éstas, puedan dictarse*” está reconociendo en el fondo un principio de interpretación jurídica que las normas especiales priman sobre las normas generales. Y como ya hemos visto, la Ley N° 29151 no es una norma especial respecto de la Política de descentralización instaurada por mandato constitucional.

### 3.5. Patrimonio del Estado y Patrimonio de los Ciudadanos (Artículos 166<sup>30</sup> y 21<sup>31</sup>)

El 166° establece la obligación de la Policía Nacional del Perú de brindar seguridad al patrimonio del Estado y al patrimonio de los ciudadanos. En ese sentido, el conjunto de bienes y rentas de las personas naturales o personas jurídicas (de Derecho Público o Derecho Privado) debe ser protegido a fin de que no se vulnere su integridad.

Como se puede apreciar, el *Patrimonio del Estado* y el patrimonio de los ciudadanos se encuentran en pie de igualdad, con relación a su debida protección, y por ser un mandato constitucional se irradia a todo el ordenamiento jurídico a fin de que los diferentes estamentos, públicos y privados, realicen las acciones de su competencia para preservarlos.

Por otro lado, el artículo 21° prescribe que el patrimonio cultural de la Nación tiene existencia, más allá de que el bien físico que lo soporta sea este de

<sup>30</sup> **Artículo 166.-** La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

<sup>31</sup> **Artículo 21.-** Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.  
La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio.

propiedad privada o propiedad pública. Lo cual indica que el Estado, puede gravar los bienes que conforman el patrimonio de los ciudadanos.

Es decir, el patrimonio cultural de la Nación es un supraconcepto que abarca tanto la propiedad pública como la propiedad privada. Donde las limitaciones a la propiedad son más marcadas.

Por su parte, el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 28296<sup>32</sup>, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, establece que “Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano -material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado (...) sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley”. Como se puede observar, se establecen relaciones complejas donde el Estado ejerce facultades reglamentarias sobre bienes privados que soportan un patrimonio cultural. Ello, en razón que respecto de dichos Bienes se puede reconocer dos titularidades (i) una titularidad privada sobre el elemento material, esto es el soporte físico o cosa y (ii) la titularidad estatal sobre el elemento inmaterial, esto es el valor cultural al servicio de la función social.

Para apreciar este hecho, tomemos dos ejemplos. A pedido de sus titulares, el Ministerio de Cultura declaró Monumento integrante del Patrimonio Cultural de la Nación un inmueble ubicado en el distrito de Miraflores<sup>33</sup>, provincia y departamento de Lima. En razón que, conforme a la evaluación realizada, posee un alto valor arquitectónico al constituir un ejemplo de arquitectura sencilla y representativa, que forma parte del contexto histórico del distrito de Miraflores a inicios del Siglo XX.

En otro caso, en este, en contra de la opinión de sus titulares, el Ministerio de Cultura declaró Patrimonio Cultural de la Nación a un monumento arqueológico prehispánico, ubicado en el distrito de Carabayllo<sup>34</sup>, provincia y

<sup>32</sup> Publicada el 22 de julio de 2004 en el diario oficial El Peruano.

<sup>33</sup> **Resolución Viceministerial N° 008-2015-VMPCIC-MC**, publicada el 5 de febrero de 2015.

<sup>34</sup> **Resolución Viceministerial N° 018-2015-VMPCIC-MC**, publicada el 2 de marzo de 2015.

departamento de Lima; con la finalidad de protegerlo frente al avance del tráfico de terrenos.

En ambos casos, el efecto es el mismo, los propietarios e incluso los poseedores solo pueden usar dichos bienes de manera compatible con su condición de Patrimonio Cultural de la Nación. De igual forma, edificar sobre los mismos, no sólo está prohibido sino que también es un delito penado con cárcel.

Por ello, si bien en teoría es posible que dichos bienes sean tranzados en el mercado, en la práctica es poco probable que ello suceda, pues el futuro adquirente está impedido de darle a dichos bienes el uso que considere “*más rentable económicamente*”. Pues su uso estará restringido y cualquier actividad debe contar con un permiso especial.

Es decir, los bienes de propiedad privada, por esta declaración del Ministerio de Cultura, si bien no pasan a incrementar el *Patrimonio del Estado*, si están bajo su control pues cualquier intervención en los mismos requiere una autorización administrativa sectorial. Por lo cual, para estos casos se difumina en la práctica la línea divisoria entre *Patrimonio del Estado* y patrimonio de los ciudadanos, sobre la base del interés público de la Nación.

### 3.6. Patrimonio de los Ciudadanos (Artículos 2°<sup>35</sup>, 15°<sup>36</sup>, 60°<sup>37</sup>, 70°<sup>38</sup> y 71°<sup>39</sup>)

Los artículos 2°, 15°, 60°, 70° y 71° regulan la propiedad privada, garantizando su libre transmisibilidad y que los frutos que produzca también beneficiarán al propietario. A su vez, establecen que la propiedad privada es inviolable y que en caso de expropiación el afectado tiene derecho al pago previo de un justiprecio.

Como se puede apreciar este término *propiedad privada* se condice con el concepto *patrimonio de los ciudadanos*, al cual antes ya nos hemos referido, en la medida ambos por definición son valubles económicamente y se imputan a una persona en particular.

#### 3.6.1. Patrimonio de las Comunidades Campesinas (Artículo 89°<sup>40</sup>)

Como antecedente, debemos recordar que el artículo 209° de la Constitución Política de 1933 dispuso que la a propiedad de las comunidades campesinas

<sup>35</sup> **Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho:

...

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

...

16. A la propiedad y a la herencia.

<sup>36</sup> **Artículo 15.-** ...

Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley.

<sup>37</sup> **Artículo 60.-** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

<sup>38</sup> **Artículo 70.-** El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

<sup>39</sup> **Artículo 71.-** En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

<sup>40</sup> **Artículo 89.-** Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.



era imprescriptible, inalienable, e inembargable; estableciendo como excepción a esta protección exorbitante que las tierras comunales podían ser expropiadas por causa de utilidad pública.

A su turno, el artículo 163° de la Constitución Política de 1979 también dispuso que las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas eran inembargables, imprescriptibles e inalienables; sin embargo, agregó como excepción, que sus tierras podían ser vendidas con la aprobación de los dos tercios de sus miembros calificados.

Finalmente, el artículo 89° de la Constitución Política de 1993 reduce la protección exorbitante únicamente a la imprescriptibilidad de las tierras comunales, a la vez que garantiza el derecho de los comuneros a disponer de ellas libremente.

Como se puede apreciar, si bien las características de *imprescriptible*, *inalienable*, e *inembargable* son inherentes a los bienes de dominio público, en diferentes momentos y grados han sido también atribuidas a bienes privados como de las comunidades campesinas. Con lo cual se refuerza que la protección exorbitante de los bienes demaniales no nace del bien en sí, sino que es se origina en la constitución o la ley que brinda tal protección a los bienes que considera dignos de tutela, conforme a las razones político-sociales del momento histórico en que se legisla. A su vez, esto refuerza que no hay una propiedad en estricto, sino diferentes tipos de propiedades las cuales a su vez conforman el patrimonio de la persona natural o jurídica.

En este caso estamos. Ante una propiedad privada sobreprotegida que además de ser imprescriptible, requiere, conforme a ley, una mayoría calificada para su venta.

### 3.7. La Constitución de 1993 y la Teoría Dominical

Como se puede apreciar, la Constitución de 1993 ha acogido el supraconcepto *Patrimonio del Estado* para desarrollar los bienes estatales que lo conforman. Es aleccionador, que los artículos 193° y 194° establecen que son bienes y rentas de los gobiernos regionales y locales, los bienes muebles e inmuebles de su propiedad, incluyendo en esta categoría a los

bienes demaniales. Es decir, se acoge la Teoría Dominical que reconoce la relación de propiedad que tiene el Estado con todos sus bienes.

En ese sentido, el artículo 37 de la Ley N° 27783<sup>41</sup>, Ley de Bases de la Descentralización, establece que son bienes y rentas regionales, entre otros “a) *Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad*” y el artículo 46 de dicha norma, señala, de igual forma, que son bienes y rentas municipales, entre otros “a) *Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad*”. Es decir dichas normas al igual que la constitución no hacen una diferenciación entre bienes de dominio privado y bienes demaniales; pues considera que ambas tienen un contenido patrimonial.

Asimismo, el artículo 56° de la Ley N° 27972<sup>42</sup>, Ley Orgánica de Municipalidades, que establece que son bienes de propiedad municipal, entre otros: “a) *Los bienes inmuebles y muebles de uso público destinados a servicios públicos locales [y] b) Los edificios municipales y sus instalaciones y, en general, todos los bienes adquiridos, construidos y/o sostenidos por la municipalidad*”. Como se puede apreciar, en este artículo con mayor claridad se reconoce que los bienes demaniales ubicados en la jurisdicción son de propiedad del gobierno local.

Ciertamente, es un derecho real administrativo con características especiales pues indudablemente tienen una protección exorbitante. Pero refuerza la idea que la Constitución Política y sus normas de desarrollo han optado por la Teoría Dominical, esto es la relación de propiedad del Estado con todos sus bienes.

En ese sentido, la doctrina española ratificará que para la Constitución Peruana de 1993 el dominio público es equivalente a propiedad estatal, lo cual es coincidente con las leyes que desarrollan la constitución; precisará también que ello no significa que no haya espacio para la discusión, pues la misma recién empieza cuando se trata de llenar dichos conceptos con la doctrina y la jurisprudencia (Martínez 2006: 273).

---

<sup>41</sup> Publicada el 20 de julio de 2002 en el diario oficial El Peruano.

<sup>42</sup> Publicada el 27 de mayo de 2003 en el diario oficial El Peruano.

Sin perjuicio, de lo antes expuesto, una opinión contraria en la doctrina nacional la encontramos en Jiménez quien señala que *“En nuestra opinión, la teoría de la intervención estatal [Teoría Funcional] es la más conveniente y comprensiva como técnica para abordar el tema del tratamiento de los bienes de dominio público. No es poca cosa distinguir dicha teoría del ‘derecho de propiedad’, pues si se asumiera esta, los bienes de dominio público, como los Bienes de dominio privado, serían totalmente disponibles, con lo cual ya de por sí no hay distinción alguna”* (Vignolo y Jiménez 2012: 99).



## CAPITULO IV

### Marco legal que regula los bienes demaniales para inversiones públicas y privadas

La Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales<sup>43</sup>, constituyó el primer marco jurídico nacional con rango legal orientado a disciplinar la categoría genérica de los bienes estatales (Vásquez 2008: 272).

Cabe anotar que dicha ley, no utiliza directamente el término *Patrimonio del Estado*, sino que lo tiene como un supuesto, señalando en una de sus definiciones que son actos de adquisición, aquellos a través de los cuales la SBN, gobiernos regionales con competencias transferidas y las entidades públicas “*incorporan a su patrimonio bienes estatales*”.

Sin embargo, la expresión «*propiedad estatal*» sí se encuentra en el artículo 16° de la Ley N° 29151, cuando se dispone que el Órgano de Revisión de la Propiedad Estatal, como instancia encargada de resolver los conflictos sobre bienes de propiedad estatal (públicos o privados) que surjan entre las entidades públicas. Por ello, es que este órgano de la SBN tiene competencia para pronunciarse y solucionar el conflicto sobre bienes de dominio privado y bienes demaniales.

La Ley N° 29151 en lugar de *Patrimonio del Estado* prefiere hablar de *Bienes Estatales* y los define en el artículo 3° como:

#### **“Artículo 3.- Bienes estatales**

*Para los efectos de esta Ley, los bienes estatales comprenden los bienes muebles e inmuebles, de dominio privado y de dominio público, que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan*.  
(Subrayado agregado).

<sup>43</sup>

**Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales**, publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de diciembre de 2007.

En mérito de su Disposición Final Única, entró en vigencia a partir de la fecha de publicación de su Reglamento; el mismo que fue aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA y publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de marzo de 2008.

Como se puede apreciar, es una definición bastante general que no permite disciplinar su contenido, esto es que se debe entenderse por bienes de dominio privado y bienes de dominio público, dejando a una norma reglamentaria dicha tarea, lo cual es un error pues le resta consistencia al sistema nacional de bienes estatales (Vásquez 2008: 281).

En la definición se señala que son bienes estatales aquellos que tienen como “titular” al Estado. En este contexto titular puede ser entendido como (i) propietario de los bienes o (ii) administrador legal de los bienes.

El artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 29151, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA<sup>44</sup>, define a los bienes demaniales como:

***“Bienes de dominio público:*** Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley”.

(Subrayado agregado).

Como se puede comprender, están correctamente comprendidos aquellos bienes demaniales de uso público y aquellos donde se presta un servicio público. Resulta interesante apreciar, que se señala que sobre los mismos el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela. Es decir, dicho reglamento reconocería una potestad pública (función) y no una relación dominical.

44

Publicado el 15 de marzo de 2008 en el diario oficial El Peruano.



Lo cual es contradictorio, con el texto de la Constitución Política de 1993, con la Ley de Bases de los Gobiernos Regionales, con la Ley Orgánica de Municipalidades, entre otras normas, que han acogido la Teoría Dominical. Asimismo, como veremos en el Capítulo 3, el artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 29151, al acoger la Teoría Funcional también contradice el Decreto Legislativo N° 1192, que fomenta del desarrollo de infraestructura pública a nivel nacional.

Por otro lado, el citado artículo define a los bienes de dominio privado del Estado como aquellos bienes que siendo de propiedad del Estado “*no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público*” lo cual es correcto; sin embargo, es inexacto que sus titulares “*ejerc[an] el derecho de propiedad con todos sus atributos*” pues el ejercicio de la propiedad civil con todos sus atributos es inherente a las personas de derecho privado, pues las entidades públicas propietarias están fuertemente limitadas en su accionar a través del propio Reglamento de la Ley N° 29151 y las directivas que sobre actos de adquisición, administración y disposición ha emitido la SBN.

En tal sentido, al ser la Ley N° 29151 una norma de desarrollo constitucional, debió empezar definiendo que es el *Patrimonio del Estado*, para luego definir sus tres componentes: el *patrimonio público*, el *patrimonio privado* y el *patrimonio financiero*. Así como, lo más importante, definir la interrelación que existen entre estos tres tipos de patrimonios.

Pues es en la interrelación de dichos componentes que técnica y políticamente se entienden en su real magnitud, lo que a su vez favorece la protección jurídica que les brinda el Derecho Penal y su registro en la Contabilidad Pública. Si no se toma en cuenta este aspecto dinámico de los bienes y rentas del Estado, existe el riesgo de que la *cosa pública* sea vulnerada por los propios funcionarios estatales o por particulares, al encontrar fisuras en su concepción.

Por ello, que las definiciones de dominio público (*patrimonio público*) y dominio privado (*patrimonio privado*) se encuentren en normas reglamentarias o en directivas evidencia la fragilidad del Sistema Nacional de Bienes Estatales, pues los conceptos y principios que deben ser universales para todos los sectores y niveles del Estado, dependen en última instancia del Poder Ejecutivo y no del Congreso de la República.

#### 4.1. Mutación de los bienes demaniales

El inciso a) del numeral 14.2 del artículo 14° de la Ley N° 29151 prescribe que son atribuciones y funciones de la SBN el trámite y aprobación de los procedimientos de «*desafectación de un bien dominio público al dominio privado del Estado, cuando haya perdido la naturaleza o condición apropiada para su uso público o para prestar un servicio público*»; ello sin perjuicio de la competencia otorgada a los Gobiernos Locales para desafectar los bienes que se encuentren bajo su administración. En un sentido, similar se pronuncia el artículo 43° del Reglamento de la Ley N° 29151.

Con relación a las competencias municipales, el artículo 55° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, señala que forman parte del patrimonio municipal los bienes de dominio público, dentro de los cuales se encuentran las zonas de recreación pública (parques). Por su parte la Ordenanza N° 786-MML<sup>45</sup> de la Municipalidad Metropolitana de Lima estableció como formalidad la mutación de que bienes de dominio público de titularidad de las municipalidades distritales se aprueba mediante ordenanza expedida por el Concejo Metropolitano, con los dictámenes de la Comisión de Desarrollo Urbano y de Asuntos Legales de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Un caso complejo se presenta cuando un predio de equipamiento urbano ha sido formalizado por el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal, pues dichos casos el predio está inscritos a favor del Estado, representado por la SBN, como una propiedad administrativa; y a su vez el predio está afectado en uso a favor de la municipalidad distrital de la jurisdicción, por lo que la misma tiene la gestión del bien a su cargo. Por lo que se requiere para la mutación del bien demanial la participación de la SBN y de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

En primer lugar, la mutación del dominio será aprobada por la Municipalidad Metropolitana de Lima, conforme al procedimiento antes indicado. Para que luego, en segundo lugar, la SBN declare la extinción de la afectación en uso y concluya con la desafectación de la condición de dominio público y la

<sup>45</sup>

Publicada el 20 de junio de 2005 en el diario oficial El Peruano.

inscripción de su nueva naturaleza –bien de dominio privado– en el Registro de Predios.

#### 4.2. Los bienes demaniales y su inscripción en el Registro de Predios

En los numerales párrafos anteriores hemos visto como el Ordenamiento Jurídico se decanta, a nuestro parecer, por la Teoría Dominical. Ahora vamos a ver cuál es la técnica legislativa que se utiliza para registrar los bienes demaniales a favor del Estado.

Como antecedente, el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 071-2001<sup>46</sup> declaró de interés nacional el saneamiento técnico, legal y contable de los inmuebles de propiedad de las entidades públicas, y el artículo 10° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 130-2001-EF<sup>47</sup>, reguló la técnica para inscribir los predios del Estado en el Registro de Predios:

*“Artículo 10.- En el caso que la entidad cuente con títulos comprobatorios de dominio que por sí solos no son suficientes para su inscripción registral, el dominio se inscribirá a favor del Estado representado por dicha entidad.*

*Cuando la entidad se encuentre ejerciendo actos posesorios sin contar con títulos comprobatorios de dominio, la inscripción de dominio del predio se efectuará a favor del Estado ...” (Subrayado agregado).*

Esto es que, cuando una entidad pública tiene títulos comprobatorios de dominio inscribe el predio a su nombre y si no lo tiene a nombre del Estado. Lo que nos lleva al supuesto siguiente: si el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) expropia terrenos para una carretera dicho bien figurará a su nombre; caso contrario, digamos que la carretera ya está

<sup>46</sup> Publicado el 19 de junio de 2001 en el diario oficial El Peruano.

<sup>47</sup> Publicado el 4 de julio de 2001 en el diario oficial El Peruano. Posteriormente dicho artículo fue modificado por el Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, que a su vez fue modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 017-2009-VIVIENDA, publicado el 24 octubre 2009 en el diario oficial El Peruano.

operando hacemos muchos atrás, pero no tiene títulos comprobatorios de dominio deberá registrarla a favor del “Estado, representado por el MTC”.

Es decir, no existe una regla que diga que los bienes demaniales se inscriben a favor el Estado, y que los bienes de dominio privado se inscriben directamente a nombre de la entidad propietaria; sino que más allá de la naturaleza del bien (público o privado) se inscribe a favor del Estado los bienes en posesión de las entidades públicas sobre los que no se tienen títulos comprobatorios de dominio.

Por otro lado, con relación a la Ley N° 26856<sup>48</sup>, que declaró que las playas del litoral de la república son bienes de uso público, inalienables e imprescriptibles destinadas al disfrute de la población, mediante el Decreto Supremo N° 010-2008-VIVIENDA<sup>49</sup>, se estableció, con fines de supervisión y cautela, que las playas serían inmatriculadas a favor del “Estado, representado por la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN)”.

Como se puede apreciar, las playas, bien de dominio público por excelencia si deben registrarse a nombre del Estado; ahora bien, esta inmatriculación se realiza en rubro “*Titularidad de Dominio*”, como una propiedad administrativa, que goza de una protección exorbitante, por lo cual en el rubro “*Cargas y Gravámenes*” se inscribe su condición: “*bien de dominio público inalienable e imprescriptible*”, para transmitir al público en general que no estamos ante una propiedad civil.

Cabe anotar que no sólo los inmuebles pueden estar afectados al fin público sino también los derechos del Estado, como son las *servidumbres públicas de paso*. Por ejemplo: las propiedades privadas que limitan con un río tienen impuesta por ley una servidumbre de paso, que a su vez forma parte de la faja marginal del recurso hídrico, la misma que tiene como función la facilitar la fiscalización por parte de la autoridad administrativa y permitir el tránsito de las personas (Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos).

---

<sup>48</sup> Publicada el 8 de setiembre de 1997 en el diario oficial El Peruano.

<sup>49</sup> Publicado el 15 de abril de 2008 en el diario oficial El Peruano.

### 4.3. Registro contable de los bienes demaniales

Durante mucho tiempo se discutió si cabía registrar los bienes demaniales a favor del Estado y, claro, para los partidarios de la Teoría Funcional no había porque registrarlos contablemente pues no había propiamente una apropiación por parte del Estado respecto de dicho bienes. Contrariamente, para la Teoría Dominical sí había que registrarlos como una propiedad administrativa. Pues, bien legalmente, el Estado peruano ha optado por la segunda alternativa y dispuesto su registro y valorización, como una propiedad administrativa, a fin de que se vean registrado en la Cuenta General de la República.

El inciso a) del artículo 7° de la Ley N° 28708<sup>50</sup>, Ley General del Sistema Nacional de Contabilidad, «señala como atribución de la Dirección General de Contabilidad Pública, la de emitir resoluciones dictando y aprobando las normas y procedimientos de contabilidad que deben regir en el sector público».

En ese sentido, con Resolución Directoral N° 011-2013-EF-51.01<sup>51</sup> de la Dirección General de Contabilidad Pública se oficializaron las Normas Internacionales de Contabilidad para el Sector Público - NICSP, emitidas por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público de la Federación Internacional de Contadores (IFAC), como son:

- Norma Internacional de Contabilidad para el Sector Público - NICSP N° 16: Propiedades de Inversión.
- Norma Internacional de Contabilidad para el Sector Público - NICSP N° 17: Propiedades, Planta Equipo.

Con el acogimiento de estas normas internacionales, el Estado Peruano convierte en norma interna el *Principio de Realidad Económica* que no es otro mandato para que en caso de discrepancia entre la realidad jurídica y la realidad económica, debe preferirse a esta última. Es decir, si una entidad pública tiene inscrito un predio a su favor en el Registro de Predios, pero otra

<sup>50</sup> Publicada el 12 de abril de 2006 en el diario oficial El Peruano.

<sup>51</sup> Publicada el 18 de setiembre de 2013 en el diario oficial El Peruano.



entidad pública lo tiene en posesión, la que debe registrarlo y valorizarlo en sus estados financieros es la segunda.

Asimismo, con Resolución Directoral N° 006-2014-EF-51.01<sup>52</sup> de la Dirección General de Contabilidad Pública se aprobó la Directiva N° 002-2014-EF/51.01, *Metodología para la Modificación de la Vida Útil de Edificios, Revaluación de Edificios y Terrenos, Identificación e Incorporación de Edificios y Terrenos en Administración Funcional y Reclasificación de Propiedades de Inversión en las Entidades Gubernamentales*, que tiene como uno de sus objetivos que las entidades públicas registren en su contabilidad los bienes demaniales que tienen asignados por ley<sup>53</sup>.

Para dichos efectos, la citada directiva conceptualiza a los bienes demaniales como “*edificios y terrenos que se encuentran en administración funcional*” de las entidades públicas del Gobierno Nacional, así como de los Gobiernos Regionales y Locales. Es decir, la directiva reconoce que los bienes demaniales están asignados a una entidad por mandato legal, por lo que sobre ellos existe una propiedad administrativa.

Por ello, dentro de la directiva se diferencia entre los bienes que las entidades adquieren como parte de un acto jurídico reglamentado al interior del Estado: compra, donación, transferencia interestatal; de aquellos, que tienen asignados por mandato legal. En el primer caso, se da cuando un nivel de gobierno adquiere un predio para el cumplimiento de sus fines, como podría ser “La Casa del Adulto Mayor”, en el segundo cuando un gobierno local recibe un aporte reglamentario por mandato de la Ley de Habilitaciones Urbanas.

Ciertamente, la patrimonialización los bienes demaniales los enmarca dentro de la Teoría Dominical, lo que a su vez está acorde con la opción tomada en la Constitución Política de 1993, por ello es correcto predicar de los bienes

---

<sup>52</sup> Publicada el 21 de mayo de 2014 en el diario oficial El Peruano.

<sup>53</sup> **RESOLUCION DIRECTORAL N° 005-2015-EF-51.01**

**Artículo 1.- Nuevo plazo**

Fijar el día 30 de junio de 2015, como nuevo plazo para la aplicación de lo dispuesto en la Directiva N° 002-2014-EF-51.01, así como el plazo del registro de datos en el Módulo Web de Revaluación de Edificios y Terrenos

demaniales que son una propiedad administrativa, que tiene sus propias reglas.

Dentro de esta lógica patrimonial, para conocer el valor contable de las edificaciones el numeral 5.1 de la citada directiva establece que (i) serán tasados a valor comercial; (ii) en caso que no se cuente con tasación, se actualizará su valor aplicando el Índice de Formación Bruta de Capital Fijo (IFBK) sobre el valor de adquisición o el valor de la construcción; y, (iii) en algunos casos se aplicará una estimación por deterioro.

A su vez, el numeral 5.2 de la citada directiva establece que los terrenos que conforman el demanio público pueden ser (i) tasados a valor comercial; (ii) si no se cuenta con tasación, se puede estimar su valor actual con precios ponderados por organismos competentes, como es la Cámara Peruana de la Construcción (Capeco); y, (iii) en defecto de los indicadores anteriores, se pueden utilizar los valores arancelarios aprobados por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

Todo esto con la finalidad de que el Estado conozca el integro de su *Patrimonio*, pues se parte del aforismo según el cual lo que se puede medir se puede administrar. Cabe precisar que las entidades públicas ya reportaban su *patrimonio privado*, así como su *patrimonio financiero*; ahora lo harán también respecto de su *patrimonio público*. Para que al final toda esta información se refleje adecuadamente en la Cuenta General de la República. Recuérdesse que conforme el artículo 118° de la Constitución, una de las atribuciones presidenciales es administrar la hacienda pública, claro está que por intermedio de los sectores competentes de los diferentes niveles de gobierno.

Como es obvio esta patrimonialización de los bienes demaniales no refleja adecuadamente el valor real que tienen para el desarrollo y progreso del país, pues una carretera, un puerto, un ferrocarril son mucho más que el espacio geográfico que físicamente ocupan y el valor contable que se les asigna, pues gracias a ellos las personas se acercan y pueden intercambiar bienes y servicios; lo cual no es ni puede ser medido con una tasación comercial. Por ello, esta patrimonialización debe ser entendida correctamente como uno de los atributos de los bienes demaniales, pero de ninguna manera como el atributo que los define.

Bajo este contexto, se entiende a cabalidad el artículo 1° de la Ley N° 26306<sup>54</sup> que declara: *“Reconózcase la propiedad de los terrenos en el corredor ribereño, denominado Costa Verde, a los Municipios Distritales de Chorrillos, Barranco, Miraflores, San Isidro, Magdalena del Mar y San Miguel (...) [los cuales] procederán a inscribir sus derechos en el Registro correspondiente”*. Como se recuerda, la Costa Verde tiene tres sectores bien definidos, el margen derecho de la vía, que son propiamente los acantilados; la vía propiamente dicha; y, el margen izquierdo de la vía, esto es la playa. En el caso de los acantilados, es claro que estamos ante un bien de dominio privado del Estado, pues no tienen una función pública; sin embargo, en los otros dos sectores, la vía y la playa son eminentemente bienes demaniales, que por mandato de la ley se inscriben como propiedad administrativa del distrito de la jurisdicción, evidentemente sin perder la protección exorbitante que la Constitución les otorga.

Por otro lado, el artículo 6° de la Ley N° 29338<sup>55</sup>, Ley de Recursos Hídricos, establece que son bienes naturales asociados al agua, entre otros, las fajas marginales –cuyo ancho mínimo es de cuatro metros contados desde las riberas de las fuentes de agua–, por lo que estos predios de dominio público hidráulico, deberían también registrarse contablemente a favor del Estado, a la vez que también deberían inscribirse a su favor en el Registro de Predios; siendo esta una tarea pendiente de la Autoridad Nacional del Agua.

#### 4.4. Normas vinculadas al desarrollo de infraestructura pública

En esta apartado, vamos a ver las normas relacionadas al Decreto Legislativo N° 1192, fin de ver los antecedentes vinculados propiamente al desarrollo de infraestructura pública.

En materia normativa e institucional el Decreto Legislativo N° 839<sup>56</sup>, *Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de*

<sup>54</sup> Publicada el 13 de mayo de 1994 en el diario oficial El Peruano.

<sup>55</sup> Publicada el 31 de marzo de 2009 en el diario oficial El Peruano.

<sup>56</sup> Publicado el 20 de agosto de 1996 en el diario oficial El Peruano. Para mayor detalle ver el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios

*Servicios Públicos*, fue la que sentó las bases del desarrollo de una política de concesiones en el país, en la década de 1990, con el propósito de que los contratos de concesión sirvan para propiciar la inversión privada en obras de infraestructura y de servicios públicos.

Cabe destacar que esta norma fue complementada con la Ley N° 28059<sup>57</sup>, *Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada*, que permitió diversas de modalidades contractuales de participación de la inversión privada de manera descentralizada –a nivel de Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales– como venta de activos, asociación con participación, *joint ventures*, contratos de gerencia, etc. Asimismo, el Decreto Legislativo N° 1012<sup>58</sup>, *Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada*, convierten a las asociaciones público privadas la modalidad más utilizada para el desarrollo de servicios públicos en favor del ciudadano.

Sin embargo, estas normas serán derogadas cuando, con la publicación de su reglamento, entre el vigencia el Decreto Legislativo N° 1224<sup>59</sup>, *“Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos”*, la cual es una norma que marca de manera clara el compromiso del Estado con desarrollar proyectos de infraestructura y servicios públicos con la participación del Sector Privado, por lo que se actualiza el debate sobre cuál es la concepción de los bienes demaniales en este campo.

Es así que el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1224 señala que:

*“[1] El contrato desarrollado bajo la modalidad de Asociación Público-Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios,*

---

públicos aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, publicado en el Publicada el 27 de noviembre de 1996 en el diario oficial El Peruano.

<sup>57</sup> Publicada el 13 de agosto de 2003 en el diario oficial El Peruano.

<sup>58</sup> Publicado el 13 de mayo de 2008 en el diario oficial El Peruano.

<sup>59</sup> Publicada el 25 de setiembre de 2015 en el diario oficial El Peruano.

*peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, pudiendo incluir servicios complementarios. [2] El inversionista puede explotar el o los bienes objeto de la Asociación Público Privada por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado. [3] Sin perjuicio de lo anterior, la modalidad de entrega en concesión al inversionista que recaiga sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos” (Subrayado agregado).*

Circunscribiendo este artículo para los casos que comprende la Asociación Público-Privado comprende la concesión de bienes públicos, se tiene las consecuencias siguientes:

1. En virtud del contrato suscrito, el concesionario puede cobrar las tarifas correspondientes para recuperar su inversión, así como hacer uso de las acciones posesorias en caso de que ilegítimamente se perturbe su posesión sobre los bienes demaniales.
2. Dentro del marco del contrato suscrito, el concesionario puede entregar la posesión y explotación de los bienes demaniales a un tercero; lo cual diluye ciertamente las facultades de guarda y vigilancia de la que habla la Teoría Funcional y hace ver más claramente un predominio de la Teoría Dominical.
3. Finalmente, el artículo en mención aclara que la concesión de bienes demaniales no otorga un derecho real al inversionista. Lo permite concluir que el Estado mantiene el “derecho real administrativo” sobre el bien demanial a su favor, sin perjuicio de lo cual la concesión es un bien mueble incorporal –tal como lo indica el Código Civil–

Para mayor detalle, se debe tener presente que el artículo 25° del Decreto Legislativo N° 1224 señala que:

*“Tratándose de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local puede autorizar al inversionista el establecimiento de una hipoteca sobre el derecho de concesión. Dicha hipoteca surte efectos desde su inscripción en la Superintendencia Nacional de*



*Registros Públicos. La hipoteca puede ser ejecutada extrajudicialmente en la forma pactada por las partes al constituirse la obligación con la participación del Estado y los acreedores”. (Subrayado agregado).*

Es decir, si bien el concesionario no recibe un derecho real sobre la concesión por ley está facultado para hipotecar los derechos de explotación económica que el Estado le ha otorgado. Obviamente, esta norma tiene como finalidad incentivar que el sistema financiero nacional e internacional participe activamente en el desarrollo de obras de infraestructura y de servicios públicos.

Esta inscripción se realiza conforme al numeral 7) del artículo 885° del Código Civil, que establece que son bienes inmuebles las concesiones para explotar servicios públicos, y de acuerdo a la Directiva N° 006-2011-SUNARP-SA60 que regula los actos inscribibles en el Registro Público de Concesiones. En dicho registro se inscribe la concesión así como la información más relevante sobre la hipoteca –como los datos de identificación del constituyente de la hipoteca, del acreedor y del deudor garantizado, el monto del gravamen, la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado, la forma de ejecución de la hipoteca (judicial o extrajudicial), entre otros– para luego correlacionar dicha partida con la partida de los bienes demaniales, en el supuesto que también estuvieran inscritos.

Como se puede apreciar de la concordancia de los artículos 12° y 25° del Decreto Legislativo N° 1224 se evidencia una fuerte patrimonialización de los bienes demaniales, que si bien siguen manteniendo una fuerte protección constitucional, permiten que sobre los mismos intervengan operadores, bancos y terceros. De esta forma, tal como señalamos en el primer capítulo, toma fuerza la tesis Hauriou, para quien el servicio público es un elemento de consolidación del poder público, pues el Estado al brindar los servicios públicos logrará su legitimación –esto es se desdibuja su rasgo antiautoritario–.

Si bien los artículos antes indicados no optan abiertamente por la Teoría Dominical, esto es que existe una relación de propiedad entre el Estado y los

60

Aprobada por Resolución N° 129-2011-SUNARP-SA, publicada el 29 de diciembre de 2011 en el diario oficial El Peruano.

bienes demaniales, se puede alegar que en su funcionamiento y operatividad tienen como presupuesto la teoría antes indicada; pues cuando el Estado deja de dar reglas para el uso y disfrute de los bienes demaniales y empieza a negociar la explotación económica de dichos bienes, se diluyen los propios supuestos de la Teoría Funcional.



## Capítulo V

### Inversiones Públicas y Privadas en el Decreto Legislativo N° 1192

En el documento denominado *Un Plan para salir de la pobreza: Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025* la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN) establece que la brecha en infraestructura alcanza un total de US\$ 159,549 millones, tomando como base el promedio de una muestra de países asiáticos y el promedio de los países integrantes de la OECD, conforme se detalla a continuación<sup>61</sup>:

#### Brecha en Infraestructura 2016 2025 (Millones de US\$)

<b>Agua y Saneamiento 1/</b>		<b>12,252</b>
1.	Acceso a Agua Potable	2,629
2.	Acceso a Saneamiento	9,623
<b>Telecomunicaciones</b>		<b>27,036</b>
3.	Suscriptores a telefonía móvil	6,884
4.	Suscriptores de banda ancha	20,151
<b>Transporte</b>		<b>57,499</b>
5.	Kilómetros de vía férrea	16,983
6.	Kilómetros de vía pavimentada	31,850
7.	Aeropuertos	2,378
8.	Puertos	6,287
<b>Energía</b>		<b>30,775</b>
9.	Electricidad	30,775
<b>Salud</b>		<b>18,944</b>
10.	Camas de hospital	18,944
<b>Educación 2/</b>		<b>4,568</b>
11.	Matrícula Inicial	1,621
12.	Matrícula primaria	274
13.	Matrícula secundaria	2,672
<b>Hidráulica</b>		<b>8,476</b>
14.	Tierra irrigada	8,476
<b>TOTAL</b>		<b>159,549</b>

Por ello, uno de los principales desafíos del país es desarrollar grandes proyectos de infraestructura pública. Actualmente, en lo que se refiere a

<sup>61</sup>

Consulta: 18 de noviembre de 2015.

[http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/estudios/plan\\_nacional\\_infraestructura\\_2016\\_2025\\_2.pdf](http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/estudios/plan_nacional_infraestructura_2016_2025_2.pdf)

infraestructura, el país se posiciona en el puesto 89 de 144 países según el ranking del Informe de Competitividad Global 2015- 2016 del *World Economic Forum*.

En tal sentido, el Poder Ejecutivo ha emitido el Decreto Legislativo N° 1192 el cual busca, entre otros, brindar herramientas jurídicas que permitan el desarrollo de *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales*, el cual pasamos a analizar.

### 5.1. Los bienes demaniales en el Decreto Legislativo N° 1192

El Decreto Legislativo N° 1192<sup>62</sup>, *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura*, declaró como de interés público primordial, entre otras acciones, la transferencia patrimonial interestatal de inmuebles de propiedad estatal, conforme se indica a continuación:

#### **“Artículo 41.- Transferencia de inmuebles de propiedad del Estado**

41.1 Para la aplicación del presente Decreto Legislativo, los predios y/o edificaciones de propiedad estatal y de las empresas del Estado, requeridos para la ejecución de Obras de Infraestructura declaradas de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura, son transferidos a título gratuito y automáticamente al sector, gobierno regional o gobierno local o titular del proyecto al cual pertenece el proyecto, en la oportunidad que estos lo señalan y por el solo mérito de la resolución administrativa que emita la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN), en un plazo máximo de cuarenta y cinco días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Esta resolución es irrecurrible en vía administrativa o judicial.

...

<sup>62</sup>

Publicado el 23 de agosto de 2015 en el diario oficial El Peruano.

*41.5 La entidad o empresa estatal ocupante de los predios y/o edificaciones requeridos para la ejecución de Obras de Infraestructura declaradas de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura, tiene un plazo de treinta días hábiles, contados desde la notificación de la resolución de la SBN, para desocupar y entregar la posesión de los citados inmuebles, a favor del sector, gobierno regional o gobierno local al cual pertenece el proyecto. Dicho plazo puede ser prorrogado por acuerdo expreso entre el sector, gobierno regional o gobierno local y la entidad o empresa estatal". (Subrayado agregado).*

Como se puede observar dicho artículo se refiere directamente a la transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, sin distinguir entre bienes de dominio privado o bienes demaniales, lo cual concuerda ciertamente con el artículo 3° de la Ley N° 29151, que los comprende dentro de la expresión "*Bienes Estatales*". En tal sentido, para el Decreto Legislativo N° 1192 tanto los bienes de dominio privado como los bienes demaniales forman parte de la propiedad del Estado y pueden ser transferidos entre las diferentes entidades, con la finalidad de viabilizar la ejecución de obras de infraestructura pública.

Cabe anotar que el Decreto Legislativo N° 1192 derogó la Ley N° 30025, que contenía una concepción similar de los bienes estatales; sin embargo, dejó vigente su Quinta Disposición Complementaria Final que originalmente incluía 69 proyectos de infraestructura y a la fecha, con modificaciones sucesivas, se han incrementado a la fecha a 147, eso es un incremento en más del 100%. Como una pequeña muestra de estos proyectos comprendidos en infraestructura vial, aeroportuaria, ferroviaria, saneamiento, entre otros, se citan algunos ejemplos:

***"INFRAESTRUCTURA VIAL***

*IIRSA Centro Tramo N° 2*

*Autopista del Sol (Trujillo - Chiclayo - Piura - Sullana)*

*Línea Amarilla*

***INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA***

*Aeropuerto Internacional "Capitán FAP Víctor Montes"*

*Aeropuerto Internacional "Coronel FAP Francisco Secada*

*Vignetta" Aeropuerto Internacional "Padre Aldamiz"*

***INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA***

*Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao*



Líneas 1 y 2, y Línea 4: Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta.

#### **INFRAESTRUCTURA PORTUARIA**

Terminal Portuario de Paita.

Terminal Portuario General San Martín.

#### **INFRAESTRUCTURA PARA PASOS DE FRONTERA**

Reubicación, construcción y equipamiento del paso de frontera Iñapari (Perú-Brasil)

Paso de frontera Desaguadero (Perú-Bolivia).

#### **INFRAESTRUCTURA DIVERSA**

Complejo pesquero La Puntilla.

Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de San Bartolo.

#### **INFRAESTRUCTURA DE DESARROLLO URBANO**

Proyecto Malecón Belén.

Mercado Mayorista de Iquitos-Belén

#### **INFRAESTRUCTURA DE MOVILIDAD URBANA Y RURAL**

Proyecto Teleférico Choquequirao

Proyecto Teleférico El Agustino

Proyecto Teleférico Lima Norte"

Cabe anotar que durante la vigencia de la Ley N° 30025, mediante Decreto Supremo N° 011-2013-VIVIENDA<sup>63</sup>, se reglamentó dicha ley; y, si bien posteriormente fue derogado parcialmente, sí se encuentran vigentes los artículos 2 al 7<sup>64</sup> que regulan la propiedad del Estado; y, en consecuencia regulan supletoriamente en ese extremo al Decreto Legislativo N° 1192; conforme se detalla a continuación.

#### **“Artículo 2.- De los Predios de propiedad estatal**

*Para efectos de la aplicación de la Ley N° 30025 [léase: Decreto Legislativo N° 1192], entiéndase como predios de propiedad estatal los predios y/o edificaciones de dominio público y privado que tienen como titular al Estado, independientemente del nivel de gobierno al que están adscritos, incluidas sus empresas, así como de la calidad del administrador, propietario o titular registral estatal de quien los detenta, inscritos y no inscritos en el Registro de Predios, requeridos para la ejecución de obras de infraestructura*

<sup>63</sup> Publicado el 23 de setiembre de 2013 en el diario oficial El Peruano.

<sup>64</sup> El Decreto Supremo N° 011-2013-VIVIENDA, fue derogado parcialmente por el Decreto Supremo N° 019-2015-VIVIENDA, publicado el 16 de diciembre de 2015 en el diario oficial El Peruano, el cual expresamente dejó en vigencia los artículos 2 al 7 del reglamento anterior.

*comprendidos en la referida Ley.” (Subrayado agregado).*

Como se puede apreciar, en el marco de esta normatividad especial se entiende como predios de propiedad estatal los predios y/o edificaciones de dominio público y privado que tienen como titular al Estado; es decir, a nivel de las normas reglamentarias también se señala de manera expresa que los bienes demaniales son de propiedad del Estado.

Como se puede apreciar, las normas legales y reglamentarias citadas tienen como marco conceptual al Teoría Dominical, lo que les permite indicar que los bienes demaniales son de propiedad del Estado y al interior del mismo pueden haber transferencias para que los bienes demaniales cambien de uso o brinden más de un servicio público. Además, esta toma de postura, está acorde con la Constitución y sus normas de desarrollo, el conocido bloque de constitucionalidad que también se ha acogido a la Teoría Dominical.

Lo relevante de esta sincronía es que permite asignar a los bienes demaniales el uso o servicio más relevante socialmente, permitiendo que en cada caso se evalúe y actualice dicha asignación. Un caso muy común, con el crecimiento de las ciudades, es que los antiguos arroyos o canales de irrigación, bienes de dominio público hidráulico por mandato legal, se secan al dejar de transportar agua; pues bien, dichas áreas deberían pasar a ser áreas de recreación pública bajo administración del gobierno local de la jurisdicción. Es decir, los bienes demaniales mantienen su condición pero prestan un nuevo uso público.

Finalmente, mediante Resolución N° 079-2015/SBN<sup>65</sup> se aprobó la Directiva N° 004-2015/SBN<sup>66</sup>, *Directiva para la inscripción y transferencia de predios estatales requeridos para la ejecución de obras de infraestructura en el marco del Decreto Legislativo N° 1192*, como es natural dicha norma tiene alcance sobre los:

*“... los predios y edificaciones de dominio público y dominio privado que tienen como titular al Estado, independientemente al*

<sup>65</sup> Publicada el 15 de diciembre de 2015 en el diario oficial El Peruano.

<sup>66</sup> Modificada por Resolución N° 032-2016-SBN, Publicada el 6 de junio de 2015 en el diario oficial El Peruano.

*nivel de gobierno al que están adscritos, incluidas sus empresas, así como la calidad de administrador, propietario o titular registral de quien los detenta, inscritos y no inscritos en el Registro de Predios ...” (Subrayado agregado).*

Como es lógico, en consonancia con la Constitución, la ley y el reglamento, la directiva se ha establecido expresamente que el Estado es propietario de todos sus bienes públicos y privados, sin que la entidad agraviada pueda alegar que el bien se encuentra en proceso de saneamiento o que no tiene título de propiedad sobre el bien.

Un caso emblemático, que demuestra la conveniencia práctica de que se acoja en la Teoría Dominical es el contenido en la Resolución N° 487-2015/SBN-DGPE-SDDI<sup>67</sup>, a través de la cual se transfiere a título gratuito a Sedapal el predio de 276 m<sup>2</sup>, ubicado en el distrito de Ate, provincia y departamento de Lima, con la finalidad que ejecute el proyecto de *Ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado del esquema Nicolás de Piérola-Santa Clara Sur y Anexos, distrito de Ate Vitarte*, en aplicación de la Ley N° 30025.

Pues, con dicha resolución se transfirió un bien de dominio público que era usado como parque, calificado como zona como de recreación pública (ZRP) y que por su ubicación forma parte de la faja marginal del río Rimac, en aplicación del Decreto Supremo N° 012-94-AG. Como se puede apreciar, la utilidad práctica de la Teoría Dominical permite que la población se beneficie con la mejora de un servicio público esencial; y, por supuesto el bien continúa siendo de dominio público.

Nótese que es el Estado quien asigna al bien de dominio público el uso o servicio público más relevante, de acuerdo a las circunstancias de cada localidad. Por ello, justamente se ha creado este régimen especial que se enmarcan en la Teoría Dominical y comprende los proyectos priorizados por Quinta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 30025, en el marco del Decreto Legislativo N° 1192, así como todos los proyectos declarados por ley como de interés o importancia nacional.

67

Publicada el 13 de agosto de 2015 en el diario oficial El Peruano.

En ese sentido, el numeral 5.8 de la Directiva N° 004-2015/SBN señala expresamente que:

*“En caso que por otras leyes se declare la ejecución de obras de infraestructura de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura, la transferencia de los predios y/o edificaciones de propiedad estatal requeridos para tal efecto, se llevará a cabo con la presente Directiva”.*

Con lo cual, se consolida un régimen especial que se enmarcan en la Teoría Dominical y que es aplicable única y exclusivamente a aquellos proyectos de infraestructura que han sido priorizados por una ley emitida por el Congreso de la República.

Cabe anotar que a los proyectos contemplados en el Decreto Legislativo N° 1192, que para efectos explicativos hemos denominado como de Nivel 1, también le son aplicables las normas de saneamiento físico-legal diseñadas expresamente para los proyectos de Nivel 2, contemplados en el artículo 41° del Título III de la Ley N° 30230, *Procedimientos especiales de saneamiento físico-legal de predios para proyectos de inversión, así como disposiciones para propiciar la eficiencia en la administración de predios del Estado y facilitar la ejecución de obras de infraestructura vial*, por el cual se faculta a la SBN para que ejecute los procedimientos especiales para el saneamiento físico-legal sobre los predios que celebrará actos de adquisición, administración o disposición.

Sin embargo, recuérdese que mientras para los proyectos Nivel 1, el Decreto Legislativo N° 1192 faculta a la SBN a transferir a la entidad pública los bienes de dominio privado o público bajo el ámbito del proyecto; para el caso de los proyectos de Nivel 2, la Ley N° 30230 únicamente permite que la SBN asuma la titularidad de dominio respecto de dichos predios de dominio privado del Estado del Gobierno Nacional (no se incluye a los Gobiernos Regionales y Locales) y los transfiera a la entidad pública titular del proyecto de inversión, quedando excluidos también los bienes demaniales.

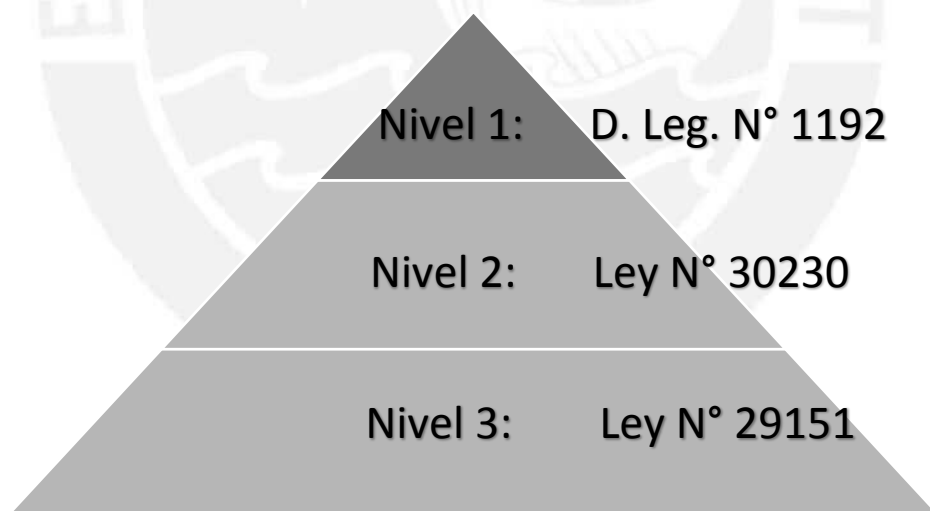
La *afectación* o *destino* es el criterio determinante de los bienes demaniales. Además, nótese que esta *afectación* o *destino* es en el fondo una decisión del legislador sobre que bienes y en qué grado deben estar al servicio de la Nación. Por ello, pueden ser *bienes de dominio público natural* tanto bienes y

realidades de la naturaleza como productos artificiales de la técnica y del esfuerzo humano (Sainz 1999: 483). Lo cual demuestra a su vez que el concepto de bienes demaniales no es estático sino que se adapta a nuevas realidades y está en permanente evolución.

## 5.2. Jerarquía de los proyectos

Uno de los puntos cruciales, para entender cómo se ejecutan *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales* es conocer que al interior del Estado Peruano existen una jerarquía de proyectos, y solo los de primer nivel pueden acceder a los beneficios del Decreto Legislativo N° 1192°, pues el Estado tiene recursos limitados, llámese dinero o predios, por lo que necesita asignarlos de manera eficiente. Una de las formas de hacerlo es asignarles una jerarquía específica, para efectos didácticos hemos denominado **Nivel 1** a los más importantes (a la fecha un «club» de 147 proyectos), **Nivel 2** a los intermedios (que no son pocos) y **Nivel 3** a los de baja importancia (que son la gran mayoría), tal como se muestra a continuación.

Grafico N° 1



En la cúspide de la pirámide se encuentran los proyectos **Nivel 1**, esto es los que el Congreso de la Republica mediante ley expresa ha declarado de interés público y de necesidad nacional, por lo que ciertamente tienen un trato más favorable para que los titulares del proyecto –que es una entidad estatal– adquiera los predios necesarios para su ejecución, así sean bienes



demaniales. Estos proyectos se encuentran regulados por el Decreto Legislativo N° 1192. Asimismo, esto les permite acceder a un régimen especial y facilitador del saneamiento físico-legal de la propiedad pública y privada, con la participación de la SBN, COFOPRI y los Registros Públicos.

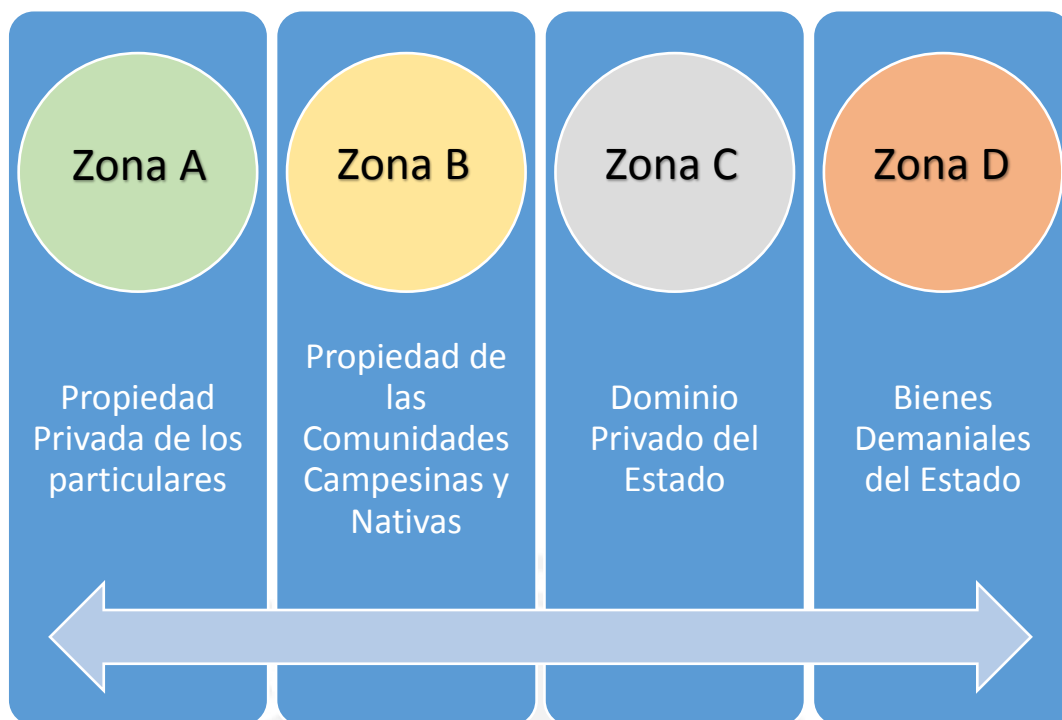
En la parte intermedia de la pirámide se encuentran los proyectos **Nivel 2**, que si bien no están priorizados por ley, sí *«cuentan con concesiones otorgadas por el Gobierno Nacional o con la participación de PROINVERSIÓN, [y] autorizaciones ministeriales»* lo que les permite a los particulares acceder a la compra directa y a las entidades públicas la transferencia patrimonial interestatal de predios de dominio privado del Estado, conforme a los artículos 38° y siguientes de la Ley N° 30230. Asimismo, esto les permite acceder a un régimen especial y facilitador del saneamiento físico-legal de la propiedad pública y privada, con la participación de la SBN, COFOPRI y los Registros Públicos.

En la parte más baja de la pirámide se encuentran todos aquellos proyectos de **Nivel 3**, esto es que no tienen un aval del Estado, como en los casos anteriores, y que por ello mismo están sometidos a las reglas generales de la Ley N° 29151, que limitan fuertemente la transferencia directa de terrenos de dominio privado del Estado y privilegian la venta en subasta pública al mejor postor.

#### **5.2.1. Naturaleza de los predios involucrados**

Como una cuestión previa sobre los alcances del Decreto Legislativo N° 1192 se debe tener presente que los predios bajo el ámbito de los proyectos de desarrollo de infraestructura pública y de servicios públicos tienen una regulación propia dependiendo si son de carácter público o privado, diferenciándose cuatro «zonas» perfectamente delimitadas por el Ordenamiento Jurídico Peruano:

#### **Grafico N° 1**



En la **Zona A** se encuentran los predios de propiedad privada que están regidos por el Código Civil y donde las partes, en ejercicio de su autonomía contractual, pueden determinar libremente los términos del intercambio. Sin perjuicio, que en su oportunidad y cumpliendo los requisitos exigidos por la Constitución, el Estado esté facultado para expropiar un predio de propiedad privada.

Como adelanto, se debe señalar que existen dos procesos de expropiación, uno general regulado por el artículo 928 del Código Civil y los artículos 519 a 532 del Código Procesal Civil. Asimismo, existe una expropiación espacial regulada por el Decreto Legislativo N° 1192°

En la **Zona B** están los predios de las Comunidades Campesinas y Nativas, que se rigen por la Ley N° 24656, *Ley General de Comunidades Campesinas*, y la Ley N° 26505, *Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas*, entre otras, que permiten la venta de tierras comunales en la medida que cuenten con el voto de mayorías calificadas para ello.

Cabe aclarar el Estado puede expropiar tierras comunales siendo aplicable exclusivamente régimen general regulado por el artículo 928 del Código Civil y los artículos 519 a 532 del Código Procesal Civil.

En la **Zona C** se encuentran los predios de dominio privado del Estado que (i) respecto de los particulares: por regla general se venden en subasta pública y de manera excepcional se venden de manera directa, siempre y cuando estén bajo el ámbito de los Proyectos de Nivel 1 y 2, respectivamente; y, (ii) respecto de las entidades públicas, se realiza la transferencia patrimonial interestatal a título gratuito en la medida que se presenten los requisitos establecidos en la directiva correspondiente.

Una regla implícita dentro del ordenamiento jurídico, es que el Estado no puede expropiar al propio Estado, es decir si el Gobierno Nacional necesita un proyecto del Gobierno Local para el desarrollo de infraestructura vial no cabe que expropie el predio, pues existen mecanismos voluntarios – transferencia patrimonial interestatal– y forzosos –asunción de titularidad– para lograr este objetivo.

En la **Zona D** se ubican los bienes demaniales, que por mandato constitucional son inalienables e imprescriptibles; lo cual no es obstáculo para que puedan ser entregados en concesión a los particulares. Asimismo, sin perjuicio de ello, al interior del propio Estado se puede realizar la transferencia de dichos bienes entre diferentes entidades; en algunos casos, se realizará la transferencia (i) previa desafectación de su condición de dominio público, en otros casos (ii) se transferirá directamente un bien demanial a otra entidad pública sin que la desafectación sea necesaria; todo lo cual dependerá en el nivel se encuentra el proyecto de infraestructura pública, tal como veremos más adelante.

Como se evidencia cada espacio geográfico tiene un tratamiento especial por parte del Ordenamiento Jurídico, siendo materia de este trabajo la última zona.

Sin embargo, resulta interesante comprobar que los bienes demaniales no sólo se circunscriben a la Zona D, sino también que son transversales a las demás zonas. Por ejemplo, en los tiempos de la Virreinato Peruano se otorgaron títulos de propiedad a hacendados y comuneros en los que expresamente se indicaba que su propiedad limitaba por el Oeste con el

Océano Pacífico, y es así como fueron inscritos en los Registros Públicos; es decir, en aquella época no se reconocía la existencia de una zona de playa de dominio público. Esto generó que hay una superposición de zonas de propiedad privada y propiedad pública, que debe ser evaluada caso por caso.

Igual sucede, cuando en los Siglos XIX y XX se otorgaron títulos de propiedad sobre grandes propiedades agrícolas incluyendo dentro de su perímetro lagunas, ríos, carreteras entre otros bienes de dominio público. Un caso sintomático, es que Machu Picchu, si bien está bajo administración del Estado, registralmente forma parte de un área de mayor extensión inscrita a nombre de propietarios privados desde el año 1896.

Ahora bien, estas cuatro zonas prediales, tienen reglas especiales diferenciadas de acuerdo a la importancia del proyecto que estemos tratando. Es decir si el proyecto es muy importante se le aplicaran reglas que facilitan en gran medida la transferencia de tierras, caso contrario si el proyecto no ha sido priorizado por el Estado se le aplicaran reglas que literalmente dificultan la transferencia de tierras.

### 5.3. Sectores por los atraviesan los proyectos de infraestructura

Ahora bien, si en un cuadro de doble entrada ponemos las cuatro zonas prediales y las tres jerarquías de proyectos, tenemos en total doce (12) sectores que tienen una regulación específica por parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, como se puede apreciar a continuación:

**Cuadro N° 3**

#### **Proyectos Infraestructura Pública**

	<b>Zona A</b> Propiedad Privada de los particulares	<b>Zona B</b> Propiedad de las Comunidades Campesinas y Nativas	<b>Zona C</b> Dominio Privado del Estado	<b>Zona D</b> Bienes Demaniales
<b>Proyectos Nivel 1</b>	<b>Sector 1A</b> D. Leg. N° 1192	<b>Sector 1B</b> Expropiación por normas del Código Procesal Civil	<b>Sector 1C</b> D. Leg. N° 1192	<b>Sector 1D</b> D. Leg. N° 1192

<b>Proyectos Nivel 2</b>	<b>Sector 2A</b> Ley N° 30230	<b>Sector 2B</b> Expropiación por normas del Código Procesal Civil	<b>Sector 2C</b> Ley N° 30230	<b>Sector 2D</b> Ley N° 29151
<b>Proyectos Nivel 3</b>	<b>Sector 3A</b> Código Civil	<b>Sector 3B</b> Ley de Comunidades Campesinas y Nativas	<b>Sector 3C</b> Ley N° 29151	<b>Sector 3D</b> Ley N° 29151

En el fondo, es esta frondosa legislación la que hace compleja una inversión pues cada sector, tiene un articulado propio en las leyes, reglamentos y directivas que norman el tema. Asimismo, conviene precisar que para efectos del presente trabajo nos vamos a centrar en el Sector 1D, que corresponde al ámbito de los proyecto priorizados por el Congreso de la República y que se asientan sobre bienes demaniales, respeto de los cuales el Decreto Legislativo N° 1192 ha consolidado la Teoría Dominical, pues permite expresamente la transferencia en propiedad de los bienes demaniales al interior del propio Estado, esto es entre entidades públicas.

Por otro lado, es oportuno recalcar que si bien muchas veces estos sectores pueden presentarse «puros», cuando el proyecto comprende grandes extensiones de terreno se presentan varios subsectores, esto es predios regulados por normas especiales:

- Subsector Cultura: restos arqueológicos
- Subsector Sernanp: áreas naturales protegidas
- Subsector ANA: recursos hídricos
- Subsector Defensa: zonas estratégicas; etc.

Lógicamente, en el caso de megaproyectos, si tenemos doce (12) sectores y cada uno puede tener cuatro (4) subsectores tenemos en realidad un total de cuarenta y ocho (48) subsectores con una regulación propia.



#### 5.4. Sujetos que intervienen en el procedimiento

El Decreto Legislativo N° 1192, *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura*, ha establecido quienes son las partes que intervienen en sus procedimientos.

##### 5.4.1. Sujeto Activo

“Es el Ministerio competente del sector, el Gobierno Regional y el Gobierno Local responsable de la tramitación de los procesos de Adquisición o Expropiación”. Es decir es el titular de la ejecución de la obra de infraestructura pública declarada de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura.

Estas “obras de Infraestructura comprenden la ejecución de proyectos de inversión pública, asociaciones público privadas y aquellos mecanismos de promoción de la inversión privada creados o por crearse”.

El sujeto activo es quien solicita a la SBN la transferencia del predio del Patrimonio del Estado, que como se ha venido desarrollando puede ser un bien de dominio privado o un bien demanial.

Asimismo, conforme a dicha norma el sujeto activo tiene el derecho de solicitar a empresas o entidades prestadoras de servicios públicos que levanten las “*interferencias y otras instalaciones o bienes que se encuentren dentro del área del derecho de vía o de ejecución de obras de infraestructura, [las cuales comprende] de manera no limitativa, a los bienes muebles e inmuebles que sirven para la prestación directa e indirecta del servicio público, los paneles, canales, paraderos, señalización, semáforos, etc.*”

##### Beneficiario

En la norma se señala que el único Beneficiario es el Estado actuando a través de alguna de las entidades públicas comprendiendo a los titulares de proyectos. Por lo cual, si bien los bienes demaniales se pueden transferir de una entidad a otra, bajo ninguna circunstancia se transfieren a particulares. Por ejemplo, si estamos hablando de carreteras el tramo vial resultante de las

transferencias interestatales y expropiaciones a privados deberá inscribirse a favor del “*Estado, representado por la MTC*”.

#### **5.4.2. Sujeto Pasivo**

Es el propietario o poseedor del inmueble sujeto a Adquisición o Expropiación. Por ejemplo, para el caso del proyecto de infraestructura *Línea Amarilla* el sujeto pasivo es la Empresa Nacional de Edificaciones S.A. En Liquidación – ENACE, propietario del predio denominado Cantagallo, ubicado en margen izquierdo del río Rímac; y, por supuesto, el sujeto activo es la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Cabe resaltar que al sujeto pasivo, esto es la entidad pública propietaria del bien, ya sea un bien dominio privado o un bien demanial, no se le consulta sobre si está de acuerdo o no con la transferencia solicitada por el sujeto activo; sino por imperio de la ley la SBN realiza a nombre del Estado esta transferencia directamente a favor del sujeto activo en virtud de que la obra de infraestructura ha sido declarada de interés nacional. Como se puede apreciar, es una transferencia con características especiales, pues no interviene la entidad pública titular del predio sino un organismo público que en representación del Estado dispone la transferencia patrimonial interestatal.

Por este mismo motivo, es que no existe el pago de un precio o una indemnización para el sujeto pasivo, pues el Estado al ser el propietario de los bienes involucrados tiene la facultad para determinar cuál es el uso específico socialmente más rentable para cada bien.

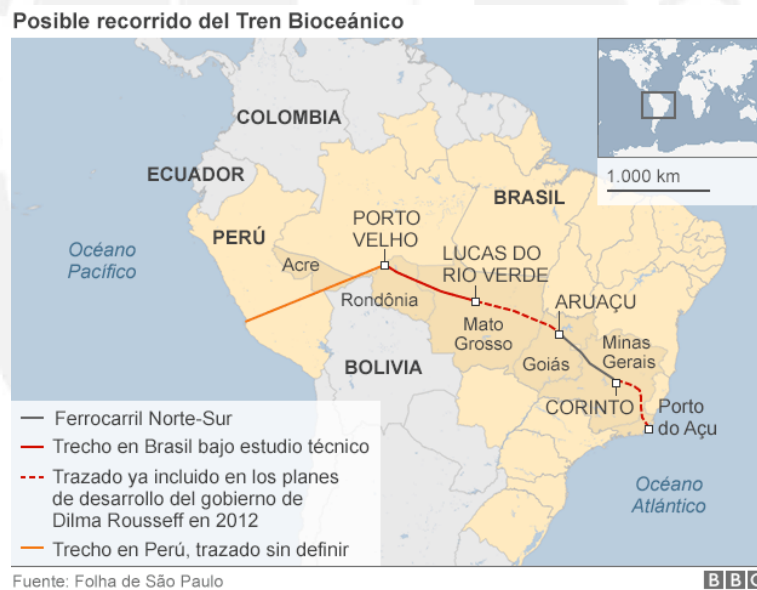
En otras palabras, el sujeto activo no puede exigir el pago de un justiprecio, pues precisamente el bien lo adquirió por intermedio del propio Estado, ya sea porque le fue transferido para el cumplimiento de sus funciones o lo adquirió con recursos del Tesoro Público.

## CAPITULO VI

### Casos hipotéticos y reales

#### 6.1.1. Caso hipotético: Tren Transoceánico

Para precisar el marco teórico y legal antes expuesto, utilizaremos como ejemplo el caso del Tren Transoceánico. En el año 2015, BBC Mundo presentó como uno de sus titulares: «*El polémico tren Atlántico-Pacífico que China quiere construir en Sudamérica*». En la nota se da cuenta de que primer ministro chino Li Keqiang inició una gira por Brasil, Colombia, Perú y Chile buscando acuerdos para desarrollar un tren que tenga su punto de partida en la costa atlántica brasileña, atraviese la selva y los Andes, y llegue al Pacífico peruano, con la finalidad facilitar el acceso y comercialización de materias primas entre dichas naciones. Para mayor detalle, adjuntó el gráfico siguiente:



Como se sabe a la fecha no hay un acuerdo de gobierno a gobierno sobre su viabilidad, ni tampoco el anuncio formal de algún grupo empresarial de hacer suyo el proyecto. Sin embargo, para efectos explicativos asumiremos como hipótesis que un grupo de entusiastas empresarios chinos, peruanos y brasileños (en adelante, el Grupo Empresarial) deciden (i) realizar los estudios de pre-factibilidad y factibilidad así como, paralelamente, (ii) adquirir los predios por donde pasaría el tren transoceánico.

Esta segunda decisión, de carácter empresarial, se justifica en la medida que cuando el trazo de la vía es declarada de manera oficial por el Estado suceden dos externalidades negativas para el proyecto: los precios de los predios se encarecen notablemente y algunos tramos de la vía son invadidos por terceros que alegan derechos de propiedad y buscan que se les «indemnice» por el desalojo que se va a realizar en su contra; como es lógico a la larga estos hechos encarecen el proyecto.

### 6.1.2. Proyecto Nivel 3

En este contexto, supongamos que el Grupo Empresarial tiene entre manos un **Proyecto Nivel 3**, esto es un proyecto que no tiene ninguna concesión o autorización del Estado para operar, sin perjuicio de lo cual puede realizar las acciones siguientes:

- **Sector 3A:** De conformidad con el Código Civil, el Grupo Empresarial puede adquirir los predios de los particulares. Es oportuno hacer notar que los vendedores no pueden establecer ninguna limitación al uso de los predios, de conformidad con el artículo 882° del Código Civil. Es decir, si los predios son agrícolas los vendedores no pueden establecer contractualmente que el uso de los predios deberá seguir siendo agrícola. Asimismo, como es obvio el Grupo Empresarial no puede activar los mecanismos de expropiación a su favor pues, entre otros motivos, por mandato legal las personas naturales o jurídicas de derecho privado no pueden ser el sujeto activo de una expropiación.
- **Sector 3B:** En el marco de la Ley N° 24656, *Ley General de Comunidades Campesinas*, y la Ley N° 26505, *Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas*, así como sus normas modificatorias y complementarias, el Grupo Empresarial puede adquirir tierras comunales de manera contractual, en la medida que lo autoricen las mayorías calificadas de comuneros establecidas por ley.
- **Sector 3C:** De conformidad con el artículo 7° de la Ley N° 29151, *Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales*, y el artículo 74° de su Reglamento, el Grupo Empresarial podrá solicitar a la SBN, o la entidad pública titular del predio, la venta en subasta pública de los

terrenos de dominio privado del Estado comprendidos en el probable trazo de vía. En esta subasta podrán participar todas aquellas personas naturales o jurídicas que se encuentren interesadas, con el riesgo que el predio sea adquirido por un tercero. Nótese que un Proyecto Nivel 3, no permite al Grupo Empresarial activar el mecanismo de venta directa de predios estatales, contemplado en el artículo 77° del Reglamento de la Ley N° 29151.

- **Sector 3D:** En el marco del artículo 73° de la Constitución, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, por lo que el Grupo Económico no puede adquirir estos predios. Lo que representa un serio revés para el tren transoceánico pues necesariamente en su ruta encontrará diversos ámbitos de dominio público. En primer lugar, se encontrará con ríos, lagunas, bofedales, cochas, y diversos cuerpos de agua, es decir con bienes de dominio público hidráulico, bajo competencia de la ANA. En segundo lugar, se encontrará con áreas naturales protegidas por el Estado, bajo competencia del Sernanp. En tercer lugar, se sobrepondrá con carreteras nacionales, provinciales y distritales, bajo el ámbito del MTC y los gobiernos locales correspondientes. En cuarto lugar, podría atravesar zonas reservadas para la defensa nacional, bajo la competencia del MINDEF, entre otros.

Como se puede apreciar, el Grupo Empresarial que tiene un **Proyecto Nivel 3**, puede adquirir predios de los particulares conforme a las reglas del Código Civil; puede adquirir tierras comunales en el marco de la Ley General de Comunidades Campesinas y sus normas complementaras; y, con un poco de suerte y los recursos suficientes, vía subasta pública, puede adquirir terrenos de dominio privado del Estado de libre disponibilidad. Sin embargo, bajo ningún concepto puede adquirir bienes demaniales, al estar prohibido por mandato constitucional.

#### 6.1.3. Proyecto Nivel 2

Para continuar con el ejemplo, supongamos que el Grupo Empresarial, luego de realizar el estudio de pre-factibilidad correspondiente y haber adquirido por su cuenta algunas propiedades, logra interesar al MTC y a Proinversión en el proyecto de tren transoceánico y, posteriormente, obtiene la concesión de la



obra de infraestructura pública así como la administración del servicio público de transporte ferroviario. Este acto administrativo otorgado por el Poder Ejecutivo logra por sí mismo que el tren transoceánico pase a ser un **Proyecto Nivel 2**, con las implicancias siguientes:

- **Sector 2A:** Las propiedades privadas que adquirió el Grupo Empresarial debe transferirlas al MTC, ya sea a título gratuito u oneroso, a fin de que se integren patrimonialmente a la Red Ferroviaria Nacional. Asimismo, el Grupo Empresarial podrá adquirir nuevas tierras pero a nombre y costo del MTC. Finalmente el MTC, podrá iniciar los procesos expropiatorios necesarios para ser adquirir los predios privados comprendidos en el trazo de vía, en el marco del proceso especial de expropiación contemplado en el Decreto Legislativo N° 1192.
- **Sector 2B:** Lo señalado en el párrafo precedente se aplica de igual forma a los terrenos comunales, esto es que por trato directo o por expropiación el MTC está facultado para adquirir los predios comunales comprendidos en el trazo de vía. Para la expropiación es aplicable el régimen general contemplado en el artículo 928 del Código Civil y los artículos 519 a 532 del Código Procesal Civil.
- **Sector 2C:** Sobre los terrenos de dominio privado del Estado, es ahora el MTC quien debe solicitar únicamente a la SBN, que realice la transferencia patrimonial interestatal a título gratuito de los predios estatales comprendidos en el trazo de vía.

Un aspecto relevante, de conformidad con el artículo 42.2° de la Ley N° 30230, es que la SBN se convierte en titular del dominio de todos los predios de dominio privado del Estado del Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial) incluyendo los organismos públicos autónomos, los organismos públicos descentralizados y los proyectos estatales comprendidos en el proyecto de inversión.

Lo que significa que dichos predios pueden ser transferidos por la SBN al MTC sin la opinión ni autorización de dichas entidades, que pasan a tener la calidad de expropietarias. Nótese que el caso

anterior, esto es con un Proyecto Nivel 3, el grupo empresarial tenía que solicitar la venta en subasta pública a la SBN y a cada una de las entidades públicas que registralmente tenía la titularidad del bien, es decir quedaba dentro de la discreción de cada entidad si realizaba el acto de enajenación o no del bien de dominio privado comprendido en el ámbito del proyecto.

Ahora, la SBN en representación del Estado centraliza la decisión y previa constatación de requisitos realiza la transferencia patrimonial interestatal. Como se puede apreciar con un Proyecto Nivel 2 hay menos actores involucrados que en un Proyecto Nivel 3.

Una excepción a esta regla, consagrada legislativamente en el mismo artículo, son los predios de propiedad de los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, empresas públicas de derecho público y empresas públicas de derecho privado, quienes tienen autonomía para decidir si transfieren –a título gratuito u oneroso– el predio comprendido en el trazo de vía o deniegan la solicitud realizada por el MTC. Como es evidente, este segundo supuesto hace vulnerable al proyecto del tren transoceánico.

- **Sector 2D:** Este es un tema álgido dentro del Sistema Nacional de Bienes Estatales. Como se ha visto, en el marco de la Constitución de 1993 y sus normas de desarrollo los bienes demaniales forman parte del Patrimonio del Estado y, como tal, pueden ser transferidos al interior del propio Estado, para que la entidad pública correspondiente ejerza sus competencias asignadas por ley. Por lo que no debería haber inconveniente para que una entidad pública transfiera un bien demanial a otra entidad para el debido cumplimiento de sus fines. Recuérdese que la protección exorbitante que se les brinda se debe a que precisamente sirven de soporte para el uso o servicio público, y previa coordinación de las entidades involucradas no debería haber impedimento para que se produzca la mutación demanial correspondiente, o en todo caso que el bien demanial preste más de un uso o servicio público, pues precisamente esta es su razón de ser.

Sin embargo, en la práctica cuando una entidad pública solicite la transferencia patrimonial interestatal de un bien demanial para el

cumplimiento de sus fines asignados por ley, recibirá como respuesta de la SBN que los bienes demaniales no pueden ser materia de transferencia, pues la Constitución de 1993 los declara inalienables. Confundiendo de esta forma el mandato constitucional que los excluye del comercio, con la mutación subjetiva demanial que pueden sufrir al interior del propio Estado para brindar un uso o servicio público acorde con las circunstancias propias de cada tiempo y lugar.

Por ello, operativamente la SBN recomienda que la entidad pública que originalmente detenta el bien declare que ya no es de dominio público sino que objetivamente ha mutado a un bien de dominio privado del Estado, en el marco del artículo 43° del Reglamento de la Ley N° 29151; por lo que sí puede ser materia de transferencia. Nótese que lo que realmente ha sucedido de manera excepcional es que un predio del Sector 2D (bienes demaniales) ha pasado al Sector 2C (Bienes de dominio privado del Estado).

Pero en la práctica, no siempre puede darse esta «salida». Pues las fajas marginales, que son bienes demaniales hidráulicos, siempre tienen dicha condición, por lo que administrativamente no la pueden perder. Pero bien podrían, en paralelo cumplir una doble función: área de seguridad y zona de anclaje para un reservorio de agua potable.

Volviendo a la hipótesis del trazo de vía del tren transoceánico, supongamos que atraviesa el extremo de un área natural protegida; por ello el Sernanp tendría que declarar que esa zona ya no forma parte del área natural protegida, por lo que el predio solicitado es un bien de dominio privado del Estado; con lo cual se viabilizaría la transferencia.

El mismo razonamiento es aplicable los bienes demaniales del Sector Defensa, los predios agrícolas y experimentales del INIA, los bienes demaniales del Sector Educación; es decir, respecto de los bienes demaniales que nacen por mandato legal.

Sin embargo, un caso distinto es el de los llamados bienes demaniales naturales, como es un río y sus correspondientes fajas marginales, bajo competencia de la ANA. Pues no hay manera que dicha entidad señale que el río y las fajas marginales han perdido su condición de

bienes de dominio público hidráulico, pues obviamente siempre seguirán siendo tales. En tal sentido, hay una imposibilidad material de que se transfieran dichos bienes al MTC para el tren transoceánico.

Sin perjuicio de ello, la ANA tiene un procedimiento para autorizar la ejecución de obras, como podría ser un puente o una plataforma, en bienes de dominio público hidráulico. Con lo cual, en este extremo si bien no opera una transferencia patrimonial interestatal a favor del MTC, este, con las autorizaciones correspondiente, si puede ejecutar un puente cuyos pilares estén en el río y en las fajas marginales<sup>68</sup>.

Como se puede observar, un **Proyecto Nivel 2** permite acceder a diversos mecanismos para facilitar la adquisición de los predios comprendidos en el trazo de vía, como son la expropiación de predios de particulares (procedimiento especial) y comunales (procedimiento general), así como la transferencia patrimonial interestatal de un bien de dominio privado del Estado. Y con relación a los bienes demaniales podría haber transferencia, en la medida que la entidad pública titular declare que el bien de dominio público ha perdido dicha condición y ha mutado a un bien de dominio privado.

En este punto resulta necesario hacer una salvedad: el titular del Proyecto de Nivel 2 podría ser también un inversionista privado dueño del suelo, por lo que el Estado solo tendría que otorgarle la concesión del servicio público, sin tener a su cargo la necesidad u obligación de adquirir los predios involucrados.

68

Cabe señalar que si bien la ANA, en ejercicio de sus funciones, vienen declarando las fajas marginales correspondientes a diversos ríos de la costa, sierra y selva, a la fecha no ha inscrito dichos bienes en el registro de predios de dominio público hidráulico a favor del *“Estado, representado por la ANA”*; lo cual es lo ideal para la mejor cautela de los bienes estatales. Asimismo, tampoco viene inscribiendo las fajas marginales en sus estados financieros, conforme a lo dispuesto en las recientes normas de contabilidad pública. Para mayor detalle ver la Directiva N° 002-2014-EF/51.01 *“Metodología para la Modificación de la Vida Útil de Edificios, Revaluación de Edificios y Terrenos, Identificación e Incorporación de Edificios y Terrenos en Administración Funcional y Reclasificación de Propiedades de Inversión en las Entidades Gubernamentales*, aprobada por la Resolución Directoral N° 006-2014-EF-51.01, así como la Directiva N° 002-2016-EF/51.01, *Metodología para el reconocimiento, medición y registro de los bienes de Propiedades, Planta y Equipo de las entidades gubernamentales*, aprobada por Resolución Directoral N° 004-2016-EF/51.01.

Este supuesto se da cuando el servicio público no necesita grandes extensiones de terreno para su operación, como podrían ser los proyectos de teleféricos que hay en el país: Choquequirao (Cusco), Santa Apolonia (Cajamarca), San Miguel (Lima), entre otros, que tienen como objetivo transportar turistas o pasajeros a través de estaciones, mediante cabinas suspendidas en el aire. Pues bien, un inversionista con un buen respaldo financiero podría adquirir para sí el suelo donde se fijan las estaciones, así como las cabinas y todo el equipo necesario para su operación; con lo cual el MTC solo otorgaría la concesión del servicio de transporte público. Ciertamente es que en este supuesto el inversionista perdería la posibilidad, de que se expropien tierras o se realicen transferencias patrimoniales interestatales, pero a cambio gana la opción de adquirir terrenos de dominio privado del estado en venta directa.

Recuérdese que los servicios públicos como cementerios, generación eléctrica, desalación de agua de mar, entre otros, son y pueden ser prestados por particulares en sus propios predios y con sus propios equipos, eso sí bajo la autorización y supervisión de la entidad pública competente.

#### 6.1.4. Proyecto Nivel 1

Continuando con el ejemplo, vamos a suponer que Perú, Brasil y China llegan a un acuerdo para desarrollar de manera conjunta el tren transoceánico. En este marco, el Congreso de la República, por ley expresa, declara el referido proyecto de interés nacional y necesidad pública, por lo cual a partir de dicho momento se convierte en un proyecto Nivel 1.

Como es lógico el MTC, que continúa siendo la entidad pública titular del proyecto, tiene ahora mayores facilidades para adquirir predios públicos y privados:

- **Sector 1A:** El MTC vía trato directo o por un procedimiento especial de expropiación adquiere predios de propiedad privada. Cabe destacar que esta modalidad de expropiación está regulada en el Decreto Legislativo N° 1192 y es más célere que el régimen general aplicable a otros casos.
- **Sector 1B:** El MTC vía trato directo está facultado para adquirir predios de propiedad comunal; sin embargo, para la expropiación no son aplicables las normas del Decreto Legislativo 1192°, pues la



décima disposición complementaria y final de la propia norma exceptúa las tierras comunales de dicho procedimiento. Por ello, es aplicable el régimen general contenido en el artículo 928 del Código Civil y los artículos 519 a 532 del Código Procesal Civil.

- **Sector 1C y Sector 1D:** En aplicación del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1192, los predios de dominio privado del Estado y los bienes demaniales tienen el mismo tratamiento. Esto es que, que en 45 días hábiles la SBN transfiere a título gratuito todos predios estatales (públicos o privados) a la entidad titular del proyecto, sin consultar previamente a la entidad del Gobierno Nacional, Regional, Local o empresa pública que tiene la competencia, propiedad o posesión del predio.

En este caso, si el tren transoceánico atraviesa un predio de propiedad de la Empresa Nacional de la Coca S.A. (ENACO), una vez que el MTC lo solicite, la SBN tiene un plazo de 45 días hábiles para transferírsele a título gratuito y sin requerir opinión previa a ENACO.

Como se recuerda, cuando estábamos ante un proyecto Nivel 2, la SBN señalaba que no era posible transferir un bien de dominio público al interior del propio Estado, porque ello colisionaría con las prohibiciones contenidas en el artículo 73° de la Constitución. Sin embargo, a través del Decreto Legislativo N° 1192° se ha interpretado que la transferencia interestatal a título gratuito de bienes demaniales no vulnera dicho mandato constitucional. Pues, en primer lugar, el Estado no se desprende de los bienes demaniales al transferirlos de una entidad a otra, pues continúan dentro del *Patrimonio Estatal* y, en segundo lugar, se los destina al uso o servicio público que ha sido debidamente priorizado por el propio Estado..

Como es lógico a las entidades públicas titulares de proyectos de infraestructura les resulta muy conveniente dicha disposición, pues ya no están sujetas a la discrecionalidad de la entidad pública propietaria del predio, sino a que el proyecto sea priorizado por el Congreso de la República.

Como se puede apreciar existe una dinámica compleja entre los *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales* dependiendo si han sido declarados de interés públicos y dependiendo sobre qué tipo de tierras

atraviesa. Asimismo, resulta relevante que en el Ordenamiento Jurídico Peruano se haya acogido la Teoría Dominical, pues ella viabiliza los grandes proyectos de inversión, al darle un tratamiento patrimonial a los bienes demaniales, sin perjuicio de la protección exorbitante de la que gozan.

## **6.2. Caso real: Metro de Lima**

En este apartado vamos a exponer un proyecto de Nivel 1, que se está implementando en gran medida gracias a que el Decreto Legislativo N° 1192° acogió la Teoría Dominical y con ello pudo realizarse la transferencia de bienes demaniales a favor del titular del proyecto.

Mediante la Ley N° 28253 (2004), el Congreso de la Republica declaró de necesidad pública la ejecución del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao. A su vez la quinta disposición complementaria y final de la Ley N° 30025 (2013) declaró de interés nacional dicho proyecto.

Como parte de su implementación, a través del Decreto Supremo N° 059-2010-MTC, el MTC aprobó las 6 líneas que conforman el Metro de Lima, sobre la base que la ciudad de Lima presenta «altos niveles de congestión y saturación de las vías disponibles para el transporte público, lo que implica la pérdida de horas hombre, altos niveles de contaminación, inseguridad vial, entre otros».

Cabe destacar que la Línea 1 está sobre la superficie y ya se encuentra en funcionamiento. Comprende la Avenida Separadora Industrial, Avenida Pachacutec, Avenida Tomás Marsano, Avenida Aviación, Avenida Grau, Jirón Locumba, Avenida 9 de Octubre, Avenida Próceres de la Independencia y la Avenida Fernando Wiese.

La Línea 2 está en proceso de desarrollo y será completamente subterránea. Comprende la cual comprende la Av. Víctor Raúl Haya de la Torre (Carretera Central), Av. Nicolás Ayllón, Av. 28 de Julio, Av. Paseo de la República, Av. 9 de Diciembre, Av. Arica, Av. Venezuela, Av. Germán Amézaga, Av. Oscar R. Benavides y la Av. Guardia Chalaca.

Como parte de la ejecución de dicha obra, con Resolución Ministerial N° 242-2014-MTC-01 se aprobó el Convenio de Estabilidad Jurídica a ser celebrado entre el Estado peruano representado por el MTC y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, Proinversión) con la empresa Metro de

Lima Línea 2 S.A., en razón que esta última se compromete a realizar un aporte de US\$ 120 000 000,00 (ciento veinte millones y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América).

Asimismo, el MTC se encuentra autorizando, mediante resoluciones ministeriales, la expropiación de diversos predios de propiedad privada para la ejecución de la Línea 2.

Es en este contexto, conforme a la Teoría Dominical el Estado está realizando la transferencia de bienes demaniales a favor del MTC, como se verá a continuación.

#### **6.2.1. Predios Estatales en el Ámbito de la Línea 2**

Con Resolución N° 083-2013/SBN-DGPE-SDDI, la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (en adelante, SBN) transfirió el predio de 13 hectáreas, ubicado en el distrito de Santa Anita, provincia y departamento de Lima a favor de la Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Lima y Callao (en adelante, AATE).

Cabe anotar que dicho predio era de propiedad de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante, Sunat), con derecho inscrito a su favor en la partida electrónica N° 490715524, y donde estaba en funcionamiento su Almacén Central de Distribución, es decir era un bien que le permitía el cumplimiento de sus fines públicos.

Asimismo, mediante Resolución N° 065-2014/SBN-DGPE-SDDI, la SBN transfirió el predio de 10 hectáreas, ubicado en el distrito de Santa Anita, provincia y departamento de Lima a favor de la AATE. Dicho predio era de propiedad de la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, MML), con derecho inscrito a su favor en la partida electrónica N° 44922401, y estaba en proceso de desarrollo el proyecto Mercado Mayorista de Lima, también un bien destinado a prestar un servicio público.

Posteriormente, mediante Resolución N° 787-2014/SBN-DGPE-SDDI, la SBN transfirió el predio de 525 m<sup>2</sup>, ubicado en el distrito de Santa Anita, provincia y departamento de Lima a favor de la AATE. Dicho predio era de propiedad del Seguro Social de Salud (en adelante, Essalud), con derecho inscrito a su favor en la partida electrónica N° 07024662, y era usado como área verde del hospital “Jorge Voto Bernales”.

De igual forma, con Resolución N° 243-2015/SBN-DGPE-SDDI, la SBN transfirió el predio de 5000 m<sup>2</sup>, ubicado en la Provincia Constitucional del Callao favor de la AATE. Dicho predio era de propiedad de la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (en adelante, Corpac), con derecho inscrito a su favor en la partida electrónica N° 70370356, y esta si era un terreno baldío. Nótese que legalmente, Corpac estaba impedido de transferir dicho predio a título gratuito a favor del MTC, pues al formar parte de la actividad empresarial del Estado, tiene la obligación legal de vender sus predios baldíos o excedentes a valor comercial.

Finalmente, a través de la Resolución N° 252-2015/SBN-DGPE-SDDI, la SBN inmatriculó el predio de 252 m<sup>2</sup>, ubicado en el distrito de Santa Anita, provincia y departamento de Lima favor de la AATE. Cabe anotar que conforme al Informe N° 1357-2015-SUNARP dicho predio era un terreno libre de inscripción registral, es decir no tenía dueño conocido, por lo que por defecto el Estado era el dueño.

Como se puede apreciar en los tres primeros casos la transferencia patrimonial interestatal se realizó respecto de bienes de uso público: almacén central, en el caso de la Sunat; mercado mayorista, en el caso de la MML; y, áreas verdes de un hospital, en el caso de Essalud.

En los últimos dos casos la transferencia patrimonial interestatal se dio respecto de bienes de dominio privado del Estado: un terreno baldío en el caso de Corpac; y, un terreno sin inscripción registral, que por ser tal se considera un bien del Estado. Y cosa curiosa, esta inmatriculación no se realizó en primer lugar a favor del Estado y luego fue transferido a la entidad beneficiaria, como es la regla general, sino que por aplicación de una norma especial, esto es el Decreto Legislativo N° 1192° se inmatriculó directamente a favor de la AATE.

Nuevamente, vemos la ventaja de la Teoría Dominical pues en diversos supuestos permite la transferencia de bienes al interior del propio estado, como un patrimonio que posteriormente será acumulado registralmente y concesionado.

### 6.2.2. Teoría Aplicable

Como se puede apreciar, es la *Teoría Dominical* quien mejor explica lo sucedido al interior del Estado: la transferencia de bienes de dominio privado y bienes demaniales a favor de la entidad pública titular del proyecto, esto es la AATE. Pues, tal como se ha señalado anteriormente, para dicha doctrina los bienes de dominio público forman parte del *Patrimonio del Estado* y como tal son objeto de derechos de propiedad administrativa y por ello de transferencias interestatales. Además, como parte operativa de esta transferencia se deberá inscribir como carga el destino del bien –que a su vez publicita su carácter de inalienable e imprescriptible– y registrarse contablemente en los estados financieros de la entidad pública beneficiaria.

Además, la *Teoría Dominical*, al precisar que la afectación de un bien al servicio público no es incompatible con el ejercicio del derecho de propiedad y el ejercicio de sus atributos, permite el siguiente hecho relevante: la acumulación registral de todos los predios que le han sido transferidos a la AATE, más allá de que sean bienes demaniales o bienes patrimoniales.

Lo cual es una clara ventaja respecto de *Teoría Funcional* pues para esta doctrina, en el caso de los bienes de uso público en estudio: llámese almacén central (Sunat), mercado mayorista (MML) y áreas verdes de un hospital (Essalud) pues en lugar de haber sido *transferidos en propiedad* habrían sido *reasignados en uso* –manteniendo el Estado la titularidad de los predios–; con lo cual la AATE no podría acumularlos con los bienes patrimoniales que si recibió en propiedad: llámese un terreno baldío (Corpac) y un terreno sin inscripción registral.

Como se sabe, uno de los elementos de todo proyecto ferroviario es que el *trazo de la vía* se encuentre debidamente inscrito en el Registro de Predios a favor del titular del proyecto; pues dicho acto registral permitirá inscribir y publicitar actos tan relevantes como la concesión misma de la Línea 2 y la hipoteca correspondiente. Y a la vez, permite la defensa de los bienes muebles e inmuebles vinculados a la prestación del servicio público. Recuérdese que el Poder Judicial no le reconocerá legitimidad para obrar activa a quien no cuente con derecho inscrito en el Registro de Predios.

Con relación al cambio de destino del bien, el mismo opera de maneara constitucional en la medida que es el Congreso de la República, sobre quien



recae la representación ciudadana, decide el uso de los bienes del Estado, lo cual legitima el Estado de Derecho.

Por ello, si bien las entidades públicas «agraviadas» no son consultadas sobre la conveniencia o no de este nuevo destino, esta decisión se toma al más alto nivel político, esto es a través del Congreso de la República. Es decir, no es la AATE la que se está imponiendo su proyecto sobre los intereses de las otras entidades públicas, sino que está ejerciendo un mandato de la democracia representativa.

Valga reiterar que con dichas transferencias interestatales no se vulnera la inalienabilidad de los bienes de dominio público. Pues desde un punto de vista constitucional, inicialmente el predio era de propiedad del *“Estado, representado por la Sunat”* ahora es propiedad del *“Estado, representado por la AATE”*. Es decir, no existe un cambio de cabeza, pues el titular continúa siendo el propio Estado.

### 6.2.3. Entrega Física del Predio

Mediante el artículo 2° de la Resolución N° 083-2013/SBN-DGPE-SDDI, la SBN, en representación del Estado, dispuso que la Sunat entregue el predio de 13 hectáreas a la AATE en un plazo máximo de 30 días hábiles de notificada con dicha resolución<sup>69</sup>. Asimismo, las resoluciones que transfirieron los predios de la Sunat, la MML, Essalud y Corpac tuvieron un contenido similar.

Esto, debido a que en el marco de la Ley N° 30025 (ahora Decreto Legislativo N° 1192) las entidades públicas expropietarias no tienen derecho a cuestionar la decisión tomada por el Estado, sino más bien tienen la obligación de desocupar y entregar el bien en un plazo perentorio, que sólo puede ser modificado previo acuerdo con la AATE.

69

Posteriormente, con Resolución N° 083-2013/SBN-DGPE-SDDI se modificó el artículo anterior y se formalizó el acuerdo celebrado por la Sunat y la AATE, en los términos siguientes:

*«La entrega de los predios se entregará en los tramos y en las fechas que para la ejecución del proyecto “Línea 2 y Ramal de la Avenida Faucett – Avenida Gambeta de la Red Básica de la Línea de Metro Lima y Callao”, se precisen en el contrato de cesión respectivo. La primera entrega se realizará a los 30 días de suscrito el contrato de concesión no pudiendo ser dicha fecha anterior al 30 de marzo de 2014».*

### 6.3. Caso real: Transferencia de desembarcaderos pesqueros

Como parte del proceso de descentralización, mediante Decreto Supremo N° 007-2008-PRODUCE<sup>70</sup>, el Ministerio de la Producción aprobó, entre otros, la transferencia de siete desembarcaderos pesqueros artesanales a favor de los Gobiernos Regionales de Arequipa, La Libertad y Tumbes. Posteriormente, se han emitido otros dispositivos complementando dicha transferencia.

Es el caso, como parte de la transferencia funciones en materia de pesquería los bienes asociados a dicha función, esto es los desembarcaderos pesqueros artesanales, debieron inscribirse en el Registro de Predios a favor de los Gobiernos Regionales correspondientes; sin embargo, en algunos casos los registradores públicos han denegado dicha inscripción sobre la base de que los bienes demaniales no pueden ser materia de transferencia, pues se colisionaría con el artículo 73° de la Constitución.

Como se puede apreciar, esta lectura del artículo 73° de la Constitución no está acorde con la Teoría Dominical. Es muy común, que los operadores jurídicos realicen una lectura de los mandatos constitucionales y sus normas de desarrollo desde la Teoría Funcional. Desconociéndose que ahora el Gobierno Regional ejerce una potestad pública respecto de los desembarcaderos pesqueros artesanales por lo que ya forman parte de su patrimonio.

Esta mala práctica, genera que en algunos casos, pese a la transferencia de funciones realizada, dichos bienes continúan figurando a nombre del “*Estado, representado por el Ministerio de la Producción*”. Lo cual es absurdo, pues cuando el Gobierno Regional pretenda realizar un proyecto de inversión en un desembarcadero pesquero, el Sistema Nacional de Inversión Pública del MEF le solicitará que el predio esté debidamente saneado e inscrito nombre de la región correspondiente.

Como se puede apreciar, cuando los operadores jurídicos no tienen en claro que la Constitución y sus normas de desarrollo han acogido la Teoría Dominical complican de manera innecesaria y obstaculizan el proceso de descentralización, retrasando las inversiones públicas y privadas, que son precisamente las que dinamizan la economía y el desarrollo del país.

<sup>70</sup>

Publicada el 28 de febrero de 2008 en el diario oficial El Peruano.

#### 6.4. Caso real: Transferencia de terrenos eriazos

Como cuestión previa, se debe tener presente que los terrenos urbanos y eriazos<sup>71</sup> de propiedad del Estado no son bienes demaniales, sino son bienes de dominio privado pues no están destinados a fin alguno. Sin embargo, en la práctica no están considerados como lo que son: parte del *Patrimonio del Estado* y contradictoriamente a su naturaleza se les aplica la Teoría Funcional. Lo que al final de cuentas impide que, luego de la transferencia de funciones, pasen a formar parte del patrimonio regional y se inscriban a nombre del “*Estado, representado por el Gobierno Regional ...*” correspondiente.

Como se recuerda, el artículo 62º de la Ley N° 27867, *Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales*, establece que la gestión de los bienes del Estado por parte de los gobiernos regionales debe hacerse conforme a las normas del Sistema Nacional de Bienes Estatales, conforme al detalle siguiente:

- a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar las políticas en materia de administración y adjudicación de terrenos de propiedad del Estado, de conformidad con la legislación vigente y el sistema de bienes nacionales.*
- b) Realizar los actos de inmatriculación saneamiento, adquisición, enajenación, administración y adjudicación de los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal.*
- c) Establecer los mecanismos aplicables al registro, inscripción y fiscalización de los bienes de propiedad estatal, con excepción de los de propiedad de los gobiernos locales y del Gobierno Nacional, de acuerdo con la normatividad vigente”.*

Bajo dicho marco legal, en el año 2006 se realizó la transferencia de funciones a los Gobiernos Regionales de Amazonas, Arequipa, Lambayeque, San Martín, Tacna y Tumbes, conforme fue publicitado en las Resoluciones

<sup>71</sup>

En la costa se considera *terrenos eriazos* aquellas franjas desérticas que se encuentran entre los valles, es decir son los terrenos no aptos para fines agrícolas por falta de agua. Sin embargo, esta terminología de *terrenos eriazos* ya no es recogida en la Ley N° 29151, *Ley General del Sistema de Bienes Estatales*, pues la misma solo reconoce a los terrenos inscritos o no inscritos a favor del Estado.

Ministeriales N° 429-2006-EF/10<sup>72</sup> y la Resolución Ministerial N° 656-2006-EF/10<sup>73</sup> del Ministerio de Economía y Finanzas. Por ello, quedan 19 gobiernos regionales y la Municipalidad Metropolitana de Lima a la espera de que se realice la transferencia de funciones a su favor.

Respecto, de los gobiernos regionales con funciones transferidas para gestionar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, la SBN sostiene que como parte del proceso de descentralización, se han transferido solo las funciones para la administración y adjudicación de dichos predios, mas no sobre la propiedad sobre los mismos. La base para negar esta transferencia de propiedad tiene como supuestos que (i) el Estado, como ente abstracto, es él que tiene al titularidad de estos bienes, lo cual no es cierto, pues siempre el Estado actúa por intermedio de sus representantes: el Gobierno Nacional, Regional o Local; y, (ii) se acoge a la Teoría Funcional, lo cual no es acertado pues la Constitución y las normas de regionalización acogen la Teoría Dominical.

Con relación a la inversiones en infraestructura que desarrolla el Estado, el artículo 9°, literal f), de la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobada por Resolución Directoral N° 003-2011-EF-68.01<sup>74</sup>, establece como obligación de la entidad pública formuladora del proyecto de inversión *“verificar que se cuenta con el saneamiento físico legal correspondiente o se cuenta con los arreglos institucionales respectivos para la implementación del Proyecto de Inversión Pública”*, esto es (i) la entidad pública formuladora es titular del predio, con derecho inscrito en el Registro de Predios; (ii) una entidad pública con derecho inscrito en el Registro de Predios otorga, entre otros, una afectación en uso a favor de la entidad pública formuladora.

La relevancia de que exista un derecho inscrito en el Registro de Predios estriba en que si se van a invertir dinero del Tesoro Público debe asegurarse que el Estado es propietario del predio y que el proyecto va a cumplir el fin público establecido. En tal sentido, un Acta de Transferencia de Funciones y su correspondiente resolución ministerial que la publicita no ameritará que el

<sup>72</sup> Publicada el 28 de julio de 2006 en el diario oficial El Peruano.

<sup>73</sup> Publicada el 2 de diciembre de 2006 en el diario oficial El Peruano.

<sup>74</sup> Publicada el 9 de abril de 2011 en el diario oficial El Peruano.

proyecto de inversión sea aprobado y financiado; pues se encontraría pendiente que dichos documentos se plasmen, como parte del saneamiento físico-legal, en la partida registral del predio sobre el cual se va a desarrollar el proyecto, para asegurar la finalidad establecida.

## 6.5. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional

Resulta interesante comprobar que si bien el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado directamente sobre los alcances de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, a pesar que la misma ya tiene ocho años de vigencia; sin embargo en distintos momentos si ha emitido pronunciamientos sobre la naturaleza de los bienes estatales, los que nos podrían servir de guía para futuros y eventuales problemas que se presenten en los *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales*.

### 6.5.1. Inembargabilidad de los bienes de dominio privado del Estado

La Ley N° 26599<sup>75</sup> modificó el artículo 648° del Código Procesal Civil, disponiendo que son inembargables “*Los bienes del Estado ...*”. Por este motivo se inició un proceso de inconstitucionalidad alegando que se estaba vulnerado el principio de igualdad ante la ley y el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

En el año 1997 el Tribunal Constitucional<sup>76</sup> declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, precisando que subsiste la vigencia del artículo 73° de la Constitución, según el cual son inembargables los bienes del Estado de dominio público.

En sus considerandos, el máximo intérprete constitucional señala que «el artículo 73° de la Constitución Política del Estado establece, que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, deduciéndose de ello, que no gozan de aquellas inmunidades los bienes que conforman el patrimonio privado del Estado». Asimismo, precisa que sobre los bienes demaniales el Estado ejerce una administración de carácter tuitivo y público y sobre los

<sup>75</sup> Publicada el 24 de abril de 1996 en el diario oficial El Peruano.

<sup>76</sup> Expediente N° 006-97-AI-TC LIMA. Sentencia del 30 de enero de 1997. Consulta 05 de noviembre de 2011. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00006-1996-AI.html>



bienes de dominio privado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado.

Como se puede apreciar el Tribunal Constitucional señala que cuando se regulan los *bienes del Estado* se deben emitir reglas claras y diferenciadas para el patrimonio público (bienes demaniales) y el patrimonio privado (bienes de dominio privado) pues ambas tienen naturaleza distinta.

Ahora bien, por Ley N° 29618<sup>77</sup> se “establece la presunción de que el Estado es poseedor de los inmuebles de su propiedad y declara imprescriptibles los bienes inmuebles de dominio privado estatal”. Esta norma, aparentemente, tendría visos de inconstitucionalidad pues extiende una característica de los bienes demaniales a los bienes de dominio privado del Estado.

Sin embargo, debe tenerse presente que el artículo 89° de la Constitución Política de 1993 establece la imprescriptibilidad de las tierras comunales; por lo que válidamente puede afirmarse que a nivel constitucional y sus normas de desarrollo la imprescriptibilidad no está exclusivamente vinculada a los bienes demaniales, sino que puede predicarse respecto de otros bienes cuando hay circunstancias político-sociales que así lo dispongan.

Recuérdese, que la imprescriptibilidad de las tierras comunales es una constante en las Constituciones de 1933, 1979 y 1993 que tiene como justificación la protección de un grupo vulnerable de la población, esto es una discriminación positiva de carácter social.

Asimismo, la imprescriptibilidad de los bienes de dominio privado del Estado se justifica en la protección de Patrimonio Estatal, a fin de privilegiar su venta en subasta pública o venta directa; generando de esta forma recursos para el Tesoro Público, lo que a su vez redundaría en el mejor cumplimiento de la función pública que tiene asignada el Estado.

Como se puede apreciar, si bien está vedado que se predique la inembargabilidad de los bienes de dominio privado del Estado, esta prohibición no se extiende a la imprescriptibilidad de dichos bienes pues

---

77

Publicada el 24 de noviembre de 2010 en el diario oficial El Peruano.

constitucionalmente esta protección exorbitante si puede predicarse respecto de bienes de dominio privado de los particulares.

### 6.5.2. La intangibilidad de los bienes demaniales

Como antecedente se debe indicar que la Ordenanza Municipal N° 016-2001-MSP de la Municipalidad Provincial del Santa Dispuso reducir el área del Parque Metropolitano Humedales de Villa María de 630 a 471 hectáreas. Conforme a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta, esta reducción afectó su naturaleza de bien intangible, inalienable e imprescriptible violando, entre otros, el artículo 73° de la Constitución.

Sin embargo, en el año 2002 el Tribunal Constitucional<sup>78</sup> señaló que en modo alguno el *«artículo 73° de la Constitución señala que los bienes de dominio público sean intangibles, esto es, que no puedan tocarse. Tampoco garantiza, tratándose de bienes públicos como los parques metropolitanos, la extensión que éstos puedan tener. En puridad, dicha norma se limita a señalar que tienen la condición de “inalienables”, es decir, que no pueden ser enajenados, y que, además, son imprescriptibles, esto es que no es posible derivar de la posesión prolongada en el tiempo derecho de propiedad alguno»*.

Por ello, el Tribunal Constitucional concluyó respecto de este extremo que *«no comparte el criterio de que la citada ordenanza municipal sea inconstitucional por haber dispuesto, en oposición a lo establecido en el artículo 1° de la Ley N.° 26664, la reducción de un área determinada del Parque Metropolitano Humedales de Villa María, y reitera que la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley no se deriva de su contradicción con una norma de su mismo rango, sino de la violación de un precepto constitucional»*.

Asimismo, agregó que *«al no haberse previsto en la Constitución que los parques metropolitanos tengan el carácter de intangibles, es claro que el Tribunal Constitucional no puede declarar la invalidez constitucional de la Ordenanza Municipal impugnada por haber dispuesto la reducción de su área de delimitación»*.

<sup>78</sup>

*Expediente N° 0018-2001-AI/TC. Sentencia del 6 de noviembre de 2002. Consulta: 25 de junio de 2015. [http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_jurisprudencia_ant.php)*

Sin perjuicio de lo antes expuesto, Tribunal Constitucional consideró que la citada ordenanza municipal si es inconstitucional por vulnerar el inciso 22) del artículo 2° de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho “(...) a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”. Por lo cual declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad.

Como se puede apreciar este pronunciamiento resulta relevante, pues el Tribunal Constitucional precisa que la intangibilidad de los bienes demaniales, entendida como la imposibilidad de reducir su extensión no es un atributo que nace de la Constitución, sino de normas con rango de ley.

Ahora bien, un tema que no trató el Tribunal Constitucional es si la mutación de los bienes demaniales, que es el tema de fondo en el caso planteado; pues la reducción del área del Parque Metropolitano Humedales de Villa María de 630 a 471 hectáreas, responde a un hecho social: el mismo había sido invadido parcialmente y existían posesiones informales que no podían ser formalizadas por el propio Estado, a través de sus organismos competentes.

Como se puede apreciar, es un tema bastante delicado que no tiene una solución pacífica, pues detrás existen problemas políticos, económicos y sociales que tienen que evaluarse y ponderarse adecuadamente. Por ello, consideramos que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional es formalmente valido, pero debió establecer un marco apropiado para que la Municipalidad Provincial del Santa resuelva el problema de fondo: la ocupación parcial del bien de dominio público, así como la pérdida parcial de su condición natural.

### **6.5.3. Inembargabilidad del Patrimonio del Estado**

El “Decreto de Urgencia N° 055-2001”<sup>79</sup> (actualmente derogado) trató de regular el procedimiento para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en los procesos seguidos contra el Estado. Posteriormente la “Ley N° 27684”<sup>80</sup> modifica la Ley N° 27584, estableciendo, entre otros extremos, que las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el

---

<sup>79</sup> Publicado el 12 de mayo de 2001 en el diario oficial El Peruano.

<sup>80</sup> Publicada el 16 de marzo de 2002 en el diario oficial El Peruano.

pago de suma de dinero, serán atendidas *única y exclusivamente* por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego. En su momento se interpusieron acciones de inconstitucionalidad contra cada norma por lo que fueron acumuladas en un solo procedimiento.

En el año 2004 el Tribunal Constitucional<sup>81</sup> declaró la inconstitucional del artículo 42° de la Ley N° 27584, en la parte que contiene la expresión “*única y exclusivamente*”. Por lo que, las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, no deben ser serán atendidas *única y exclusivamente* por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, sino también con otros recursos determinados por ley.

Asimismo, declaró la inconstitucionalidad del artículo 2° de la Ley N 26756, en la parte que contiene el adverbio “*Sólo*”. Por lo que no *sólo* son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley, sino también aquellos bienes y rentas que sean adecuados para tal fin.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional ratifica su pronunciamiento anterior en el sentido que los bienes de dominio privado del Estado no cuentan con una protección exorbitante, pues los que no tengan una finalidad pública podrán ser embargados para su posterior remate y pago de las deudas del Estado.

Por otro lado, consideramos que más que una lista que regule cuales son los bienes embargables lo que se requiere es una norma que regule el Patrimonio del Estado y la relación existente entre sus tres subespecies: el patrimonio público, el patrimonio privado y el patrimonio financiero.

Un caso interesante que nos ayuda ver la necesidad de esta regulación es el siguiente: los Ministerios de Defensa y Educación, tienen un régimen legal especial que les faculta a vender los bienes que conforman su patrimonio –si es público previa desafectación– para adquirir nuevos inmuebles o mejorar los existentes. Por ello, este patrimonio que va cambiando su naturaleza de

81

Expedientes Acumulados N° 015-2001-AI/TC, N° 016-2001-AI/TC y N° 004-2002-AI/TC. Sentencia del 29 de enero de 2004. Consulta: 26 de junio de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00015-2001-AI%2000016-2001-AI%2000004-2002-AI.html>

público a privado y de esta último a financiero. Pues en caso de que se pretenda el embargo del dinero resultante de la venta del predio ¿es un recurso financiero de dominio público del Estado?

A nuestro entender sí pues esa es una finalidad que nace de la ley y por tanto ya tienen una finalidad pública que atender, por lo que no podría ser materia de embargo para pagar las deudas del Estado con los particulares.

#### **6.5.4. La “propiedad especial” del Estado sobre los recursos naturales**

La Ley N° 28258<sup>82</sup>, *Ley de Regalía Minera*, definió a dicha regalía «como la contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos»; asimismo, entre otras disposiciones, estableció los procedimientos y plazos para su cálculo y posterior distribución. Sin embargo, fue materia de un proceso de inconstitucionalidad.

En el año 2005 el Tribunal Constitucional<sup>83</sup>, como parte de su análisis, señaló que *«los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación –no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo– pues configuran lo que se denomina una “propiedad especial”, la cual se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73° de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil»*.

En ese sentido, dicho tribunal recalcó que existe «un régimen jurídico propio y autónomo de los bienes objeto del dominio público, que no se funda en la idea de un poder concreto sobre las cosas en el sentido jurídico-civil y, por tanto, de señorío». Agregando que existe una naturaleza paralela pero no esencialmente similar de ambas instituciones: la propiedad privada y el dominio público.

<sup>82</sup> Publicada el 24 de junio de 2004 en el diario oficial El Peruano.

<sup>83</sup> Expediente N° 0048-2004-PI/TC. Sentencia del 1 de abril de 2005. Consultada el 04 de noviembre de 2015.  
[www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html#\\_ftnref20](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html#_ftnref20)



A nuestro, entender estos conceptos que emite el Tribunal Constitucional son bastante parecidos a la “propiedad administrativa” y reflejan la necesidad de desarrollo en nuestro país.

#### **6.5.5. Conflicto de Competencia sobre Bien de Dominio Público**

En el año 2007 el Tribunal Constitucional<sup>84</sup> declaró fundada la demanda competencial interpuesta por la Municipalidad Distrital de Surquillo contra la Municipalidad Distrital de Miraflores y, en consecuencia, nulo el Acuerdo de Concejo N° 032-2007-MM a través del cual esta última aprobó la privatización del Mercado de Abastos N° 1, ubicado en la jurisdicción de la Municipalidad Distrital de Surquillo.

En el fundamento 61 de la sentencia, se señala que al haber operado una *mutación demanial*, esto es el cambio del titular del servicio público, en la medida que el bien que sirve de soporte fue trasladado a la jurisdicción de la Municipalidad Distrital de Surquillo, corresponde a esta última la administración de este bien inmueble a través del cual se brinda un servicio público; por lo que se produjo, por tanto, una redistribución tácita de competencias en este extremo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional aclara que dicho pronunciamiento no incide sobre titularidad de la propiedad inscrita en los Registros Públicos a favor de la Municipalidad Distrital de Miraflores.

Conforme se puede apreciar, el Tribunal Constitucional fundamenta su sentencia desde la *Teoría Funcional*, explicando que por la mutación de dominio se ha producido un cambio de competencias, de la Municipalidad Distrital de Miraflores en favor de la Municipalidad Distrital de Surquillo; sin embargo, en la medida que la Teoría Funcional niega que existe una relación de propiedad entre la cosa y el bien, el Tribunal Constitucional no pudo definir si la Municipalidad Distrital de Surquillo había adquirido la propiedad administrativa del bien; dejando el tema en suspenso.

Con lo cual la Municipalidad Distrital de Miraflores se ha quedado literalmente con un cascarón: una partida registral que indica que el predio es suyo, pero

84

Expediente N° 00003-2007-PC/TC. Sentencia del 21 de noviembre de 2007.  
Consulta: 26 de junio de 2015.  
[http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_jurisprudencia_ant.php)

no tiene ni la posesión ni la competencia sobre el Mercado de Abastos N° 1. Es decir, tiene una propiedad que no le es útil y por aplicación del *Principio de Realidad Económica*, contenido en las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público –oficializadas por el Estado Peruano–, tampoco puede reflejarlo como un activo en sus estados financieros.

Este hecho evidencia las limitaciones de la Teoría Funcional, pues si bien pone en relevancia la importancia de los bienes demaniales para el uso y prestación de servicios públicos, al negar la relación de propiedad entre estos bienes y el Estado, impide que en la práctica se solucionen de manera definitiva los conflictos de competencia que se presentan entre entidades públicas.

Por ello, consideramos que para solucionar los conflictos de competencia que se presentan entre entidades públicas debe partirse de la Teoría Dominical, la cual sí permite solucionar de manera definitiva este problema, al asignar la propiedad administrativa del predio a la entidad que tiene competencia sobre el mismo. Dentro de esta teoría, que es acogida por la Constitución, el predio que antes era de propiedad administrativa del “Estado, representado por la Municipalidad Distrital de Miraflores” ahora, por la mutación demanial es de propiedad administrativa del “Estado, representado por la Municipalidad Distrital de Surquillo”.

Cabe aclarar que la *mutación demanial* subjetiva es una situación que se produce de manera constante en el país. Como se sabe la Constitución señala que la descentralización es una política permanente en el país, por ello siempre se descentralizan funciones, o se crean nuevas entidades; por lo que siempre habrá una transferencia de competencias que debe ir de la mano con la transferencia de la propiedad administrativa.

Por ello, propiamente no existe ningún conflicto de competencias, y más aún el Tribunal Constitucional debió indicar que consecuencia de la acreditada *mutación demanial* subjetiva, el Mercado de Abastos N° 1 había pasado a formar parte del *patrimonio público* de la Municipalidad Distrital de Surquillo y, por tanto, esta tenía el derecho de inscribirlo a su nombre en los Registros Públicos, sin pago previo de ninguna especie.

Ante este planteamiento, podrían hacerse las objeciones siguientes: (i) en que norma con rango de ley se establece expresamente las consecuencias de la

*mutación demanial* y (ii) que sucede con los derechos expectaticios de la Municipalidad Distrital de Miraflores.

Sobre el primer cuestionamiento, debemos indicar que efectivamente no existe una norma con rango de ley que regule este tema y que precisamente hace falta una ley que desarrolle el concepto de *Patrimonio del Estado*, con sus tres componentes: *patrimonio público*, *patrimonio privado* y *patrimonio financiero*, así como su especial interrelación. Pues dicho concepto – Patrimonio del Estado– sí cuenta con reconocimiento constitucional (artículos 21°, 41°, 66° y 166°).

Con relación al segundo cuestionamiento, debe aclararse que en la medida que el Mercado de Abastos N° 1 es un bien de dominio público, y por tanto forma parte del *patrimonio público* de la entidad que lo tiene a cargo, ninguna entidad pública puede tener la expectativa apropiarse con fines de lucro un bien que por mandato constitucional es inalienable.

En ese sentido, se debe exigir a las entidades públicas que adecuen sus conductas a parámetros constitucionales y que no invoquen a su favor derechos concebidos para las personas naturales o jurídicas frente al Estado, como podría ser la expropiación y el pago de un justiprecio. Pues, por encima de todo, los diferentes niveles de gobierno tienen el mandato constitucional de satisfacer el interés público con una adecuada prestación de servicios públicos.

#### **6.5.6. Inalienabilidad del Patrimonio del Estado**

La Ordenanza N° 1020-MML modificó la zonificación de los usos del suelo del Cercado de Lima, y si bien la demanda de inconstitucionalidad fue declarada infundada sirvió de marco para que en el año 2011 el Tribunal Constitucional<sup>85</sup> exhorte a la Municipalidad Metropolitana de Lima para que, entre otros, gestione la aprobación de una ley expropiatoria para los pobladores del Asentamiento Humano Dos de Mayo, ubicados en la faja marginal del Río Rímac.

<sup>85</sup>

Expediente N° 00011-2010-PI/TC. Sentencia del 14 de junio de 2011. Consulta: 26 de junio de 2015. [http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_jurisprudencia_ant.php)

Lo relevante del caso es que el Tribunal Constitucional tomó conocimiento de una situación *sui generis*, de acuerdo a su propio dicho, esto es que encontrándose legal y constitucionalmente prohibido que particulares puedan titularizar el derecho de propiedad sobre bienes de dominio público, resulta que el mismo Estado, a través de la Municipalidad Metropolitana de Lima, les había reconocido tal titularidad, con la entrega de los títulos correspondientes, que se encuentran inscritos en el Registros de Predios.

En ese sentido, si bien los bienes de dominio público son inalienables, el Tribunal Constitucional reconoce que por una mala gestión del propio Estado pueden perder dicha característica. Por lo que para recuperarlos no queda otro camino que la Administración Pública inicie el proceso expropiatorio a sus actuales propietarios.

Asimismo, para mayor eficiencia en la gestión se debe consignar la entidad pública que tiene competencias específicas sobre dicho bien. Por ello, debe consignarse «*El Estado, representado por la [entidad pública correspondiente]*», lo cual resulta de lo más relevante para determinar las responsabilidades administrativas que hubiera lugar en caso de incumplimiento, la cautela de los bienes estatales ante intentos de apropiación, así como su oportuna defensa en juicio.

A manera de conclusión, sobre este párrafo debe indicarse que el Tribunal Constitucional en algunos casos respecto de los bienes demaniales ha predicado que son una «propiedad especial» con lo cual se acerca a la propiedad administrativa de que habla la Teoría Dominical; sin embargo, en otros ha sustentado la Teoría Funcional; por lo que es esperable que con el tiempo afine estos temas, siendo deseable que en el futuro se decante por la Teoría Dominical para solucionar los problemas jurídicos que se pueden presentar en los *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales*, pues como se ha visto a lo largo de este trabajo la Teoría Dominical ha sido recogida por la Constitución Política de 1993 y sus normas de desarrollo.

## Conclusiones

- a. La *Teoría Dominical* declara que existe propiedad administrativa entre el Estado y sus bienes de dominio público; por ello, brinda un marco teórico que facilita el desarrollo de *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales*, pues permite la transferencia de dichos bienes al interior del propio Estado para el desarrollo de obras de interés público, la inscripción en el Registro de Predios de las cargas (dar, hacer y no hacer) que se tienen que satisfacer, así como el registro del valor contable del bien en los estados financieros de la entidad pública correspondiente.
- b. En el Perú, tanto en la época del virreinato, como en la época republicana se realizó un discurso que se era muy próximo a la Teoría Dominical; con excepción de la constitución de 1979. Es decir, por tradición histórica mayoritariamente se ha legislado señalando la patrimonialidad [propiedad administrativa] de los bienes demaniales.
- c. La Constitución de 1993, la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales la Ley Orgánica de Municipalidades y el Decreto Legislativo N° 1192, como bloque de constitucionalidad, se decantan por la Teoría Dominical, pues establecen que los bienes demaniales son propiedad [administrativa] del respectivo nivel de gobierno al que pertenecen.
- d. Los *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales* son viables jurídicamente, en la medida que tienen como marco conceptual la Teoría Dominical. En el caso real de la ejecución de la Línea 1 del Metro de Lima, que forma parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, las normas especiales que se emitieron se decantaron claramente por la Teoría Dominical. En el caso hipotético del Tren Binacional, en la medida que atraviesa espacios geográficos con distintas y variadas regulaciones, sólo será posible en la medida que una entidad pública asuma la propiedad administrativa de todo el trazo de vía, es decir aplique como marco legal la Teoría Dominical.



- e. Resulta criticable que el reglamento de la Ley N° 29151, *Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales* haya acogido la Teoría Funcional, pues obliga que cuando se está ante *Proyectos de Inversión Pública y Privada sobre Bienes Demaniales* el Congreso de la Republica tenga que emitir leyes especiales para cada caso. Cuando la propia Ley N° 29151 y su reglamento deberían brindar un marco conceptual acorde con la Constitución de 1993 y la Teoría Dominical, para así facilitar las obras de interés público.
- f. En tal sentido, se hace necesario que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Seguimiento, emita un nuevo reglamento que acoja la Teoría Dominical, con lo cual se evitaría sacar leyes para cada caso concreto.



## Bibliografía

### Libros

#### **ARIÑO ORTIZ, Gaspar**

1974 *La Administración Institucional, Bases de su Régimen Jurídico, Mito y Realidad de las Personas Jurídicas del Estado*. Segunda Edición. Madrid: IEA.

#### **BERMEJO VERA, Julio**

2001 *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid: Editorial Civitas.

#### **BELAUNDE, Martín**

2013 *Derecho Minero y Concesión*. Quinta Edición. Lima: Editorial San Marcos.

#### **BERNALES Ballesteros, Enrique**

1999 *la Constitución de 1993, Análisis Comparado*. Lima: Editora RAO.

#### **CASSAGNE, Juan Carlos**

2002 *Derecho Administrativo*. Séptima Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

#### **CHINCHILLA, Carmen**

2001 *Bienes Patrimoniales del Estado, Concepto y Formas de Adquisición por Atribución de la Ley*. Madrid: Marcial Pons.

#### **CHINCHILLA, Carmen (Coordinadora)**

2004 *Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Thomson - Civitas.

#### **CCOPA, Sara**

2004 *El Dominio Público, su desafectación*. Tesis para obtener el grado de Magister en Derecho de la Empresa. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

#### **DE LA GARZA, Sergio**

2010 *Derecho Financiero Mexicano*. 28° Edición. México: Editorial Porrúa.

#### **GALLARDO CASTILLO, María José**

1994 *El Dominio Privado y Público de las Entidades Locales: el derecho de propiedad y la utilización de potestades administrativas*. Granada: CEMCI.

#### **GARCÍA MONTUFAR, Guillermo.**

1982 *La Afectación en Uso Mobiliaria*. En Tesis de la Pontificia Universidad Católica.

**GARRIDO, Francisco**

1982 *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II, Sexta Edición. Madrid: Editorial

**GONZALES GARCÍA, Julio,**

1998 *La titularidad de los Bienes de Dominio Público*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas.

**GONZALES PÉREZ, Jesús,**

1989 *Derechos Reales Administrativos*. Segunda Edición, Madrid: Editorial Civitas.

**GORDILLO, Agustín**

2004 *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 9. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

**GUTIERREZ, Walter (Editor)**

2005 *La Constitución Comentada Tomo I y II*. Lima: Gaceta Jurídica

**JIMÉNEZ, Roberto**

2010 *Comentarios al Sistema Nacional de Bienes Estatales*. Lima: Arial Editores.

**NOGUEIRA, Humberto y CUMPLIDO, Francisco**

1990 *Derecho Político, Introducción a la política y teoría del Estado*. Cuadernos Universitarios. Caracas: Universidad Nacional Andrés Bello.

**PARADA, Ramón**

2013 *Derecho Administrativo III. Bienes Públicos, Derecho Urbanístico*. 14ª Edición. Madrid: Open.

**RUBIO, Marcial**

2010 *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**VALENCIA ZEA Arturo,**

1976 *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*. Tomo II. Madrid: Editorial Temis.

**VIGNOLO, Orlando y JÍMENEZ, Roberto (Editores)**

2012 *Homenaje a Allan Brewer-Carías: Comentarios a la Jurisprudencia de Derecho Administrativo del Tribunal Constitucional Peruano (2000-2010)*. Lima: Ediciones Legales

**SÁINZ DE BUJANDA, Fernando**

1985 *Sistema de Derecho Financiero*. Tomo II. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

## Artículos

### **AVENDAÑO, Jorge**

1994 “El derecho de propiedad en la Constitución de 1993”. *Revista Thémis*. Segunda Época. Número 30. Lima.

### **CORNEJO, René**

2006 “Inversión Privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el Sector Público” *Revista Thémis*. Segunda Época. Número 52. Lima.

### **GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo**

1954 “Sobre la imprescriptibilidad del dominio público”. *Revista de Administración Pública* N° 13. Madrid

### **GUARIGLIA, Carlos**

2005 “Derecho Público y Derecho Privado ¿Dicotomía o Falsa Antinomia?” *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Año 7, numero 65. Montevideo

### **KRESALJA, Baldo**

1988 “El Rol del Estado en los Servicios Públicos”. *Revista Thémis*. Segunda Época. Número 39. Lima.

### **MARTINEZ, Francisco,**

2006 “¿Qué es el dominio público?”. *Revista Thémis*. Segunda Época. Número 40. Lima.

### **MAYER, Laura**

2007 “El patrimonio del estado como objeto de protección penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 29. Valparaíso.

### **MENÉNDEZ Rexach, Ángel**

2004 “El Dominio Público como institución Jurídica: configuración histórica y significado actual en el derecho español”. *Revista Jurídica* N° 10 Universidad Autónoma de Madrid.

### **MIGUEZ, Rodrigo**

2014 “De las cosas comunes a todos los hombres”. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 41, N° 1, pp 7-36. Santiago de Chile.

### **MOLINA, Manuel**

2003 “Metodología del Derecho Financiero y Tributario”. *Cuadernos*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

### **SAINZ, Fernando**

- 1999 “El Dominio Público: Una reflexión sobre su concepto y naturaleza”.  
*Revista de Administración Pública* N° 150. Madrid.

**VÁZQUES, Walter**

- 2008 Acerca del Dominio Público y el Dominio Privado del Estado. A propósito de sus definiciones en la nueva Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento”. *Revista Derecho y Sociedad*. Año XIX. Número 30. Lima.

**Páginas web**

**BBC MUNDO**

- 2015 “El polémico tren Atlántico-Pacífico que China quiere construir en Sudamérica”.  
Consulta: 20 de mayo de 2015  
[http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2015/05/150518\\_brasil\\_peru\\_china\\_tren\\_bioceanico\\_gl](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2015/05/150518_brasil_peru_china_tren_bioceanico_gl)

**REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**

- 2012 *Diccionario de la lengua española*. Edición 23.<sup>a</sup>, Madrid.  
Consulta: 18 de junio de 2015  
<http://lema.rae.es/drae/>

**TALAVERA, César**

- 2013 *Resumen de Derecho Financiero UNA* (Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción).  
Consultada el 25 de junio de 2015  
<http://www.monografias.com/trabajos97/resumen-derecho-financiero-una/resumen-derecho-financiero-una.shtml#ixzz3dz8Hw6Dc>

**VERGARA, Alejandro**

- 2014 *La Teoría de los derechos reales administrativos: su lento reconocimiento y actual consagración como Genus y Nomen Iuris*.  
Consulta: 5 de noviembre de 2015  
<http://www.vergarablanca.cl/wordpress/uploads/2015/03/AVB-ADM-2014-Teoria-de-los-derechos-reales-administrativos-EN-PRENSAS.pdf>

**GARCÍA, Marta**



1997 *La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público.* Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 1997, 1: 337-351.

Consulta: 5 de noviembre de 2015

<http://ruc.udc.es/bitstream/2183/1933/1/AD-1-16.pdf>

